





Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

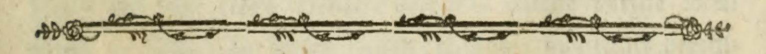
von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zweyter Theil.

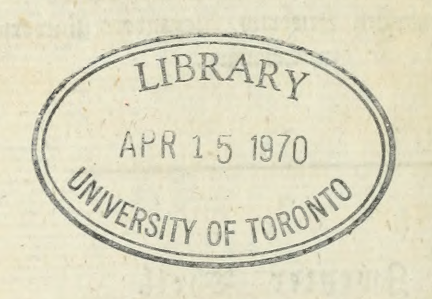
Zweyte fast ganz umgearbeitete Auflage.



Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1800.


LIBRARY
APR 15 1970
UNIVERSITY OF TORONTO

Vorrede
zur
zweyten Ausgabe.

Daß diese neue Ausgabe des zweyten Bandes meines Commentars keine blos verbesserte, sondern mit Recht eine fast ganz umgearbeitete genennt werden kann, wird auch schon eine flüchtige Vergleichung derselben mit der vorigen beweisen. Niemand, als der Verfasser selbst, konnte aber auch lebhafter überzeugt seyn, daß eine solche gänzliche Umarbeitung nöthig war. Mit grössester Sorgfalt und Strenge habe ich nun nochmals das ehemals Geschriebene geprüft, und dabey nicht nur die neuern Schriften fleißig verglichen, sondern auch die Bemerkungen benutzt, welche über mein Werk in mehreren Recensionen gemacht wurden. Ausser der neuern Litteratur, welche hier überall mit Auswahl und Genauigkeit nachgetragen ist, wird man daher nicht nur die Begriffe der einzelnen Materien, und viele Rechtssätze, wo ich, eines Bessern belehrt, meine vorige Meinung verließ, in dieser neuen Auflage möglichst berichtiget, sondern auch das Ganze mit erheblichen Zusätzen bereichert finden. Daß hier fast keine Materie ohne eine

gänz-

gänzliche Verbesserung geblieben sey, beweisen die Berichtigungen und Zusätze zu dieser neuen Auflage, welche für die Besitzer der erstern besonders gedruckt sind. Ich darf jedoch auch nicht unbemerkt lassen, daß in dieser zweyten Auflage hin und wieder manches, ja zuweilen mehrere Seiten weggeblieben sind, wie z. B. was S. 447—452. von öffentlichen Sachen im Sinne des heutigen Staatsrechts, und S. 514—526. von Cupers Theorie de natura possessionis zu weitläuftig gesagt war. Denn daß hier, so wie an mehreren Orten, der Vortrag füglich abgekürzt werden konnte, ohne der Gründlichkeit desselben Eintrag zu thun, wird jeder finden. Uebrigens ist auch in dieser Ausgabe überall auf das Preussische Recht Rücksicht genommen worden. Zuletzt füge ich nur noch die Versicherung bey, daß mir fernere Belehrungen und gegründete Berichtigungen sehr willkommen seyn werden, um sie bey künftigen neuen Auflagen benutzen zu können. Geschrieben im September 1800.

Fort-

Fortsetzung
des vierten Titels im ersten Buche
de constitutionibus Principum.

§. 101.

Wirkungen eines Privilegiums.

Die Wirkungen eines Privilegiums sind verschieden. Man kann sie in allgemeine und besondere eintheilen. Allgemeine Wirkungen sind diejenigen, welche Privilegien mit jedem andern Gesetze gemein haben; besondere hingegen sind diejenigen Wirkungen zu nennen, welche in der eigenen Beschaffenheit der Privilegien ihren Grund haben, und besonders die dem Privilegirten dadurch ertheilte Befugniß, und die Grenzen der Ausübung betreffen.

Zu den allgemeinen Wirkungen der Privilegien gehört, 1) daß ein Privilegium erst von der Zeit an seine Wirkung und Gültigkeit äussert, da es ertheilet worden ist. Es kann daher auf Handlungen, die schon vor der Ertheilung desselben geschehen sind, so wenig, als ein Gesetz, gezogen werden. (§. 21.) Denn die L. 7. Cod. de Legib. redet ausdrücklich auch von Constitutionen, zu denen ohne Zweifel die Privilegien gehören. Man setze also, der Landesherr habe einer Handwerkszunft das ausschliessende Privilegium ertheilt, gewisse Waaren zu verfertigen, so dürfen nun zwar von nun an alle andere Professionisten, welche zu dieser Innung nicht gehören, die aber vorher, so lange es einem Jeden noch frey war, diese Arbeit verfertiget

haben, solche nicht mehr machen [1]), es kann ihnen jedoch nicht gewehret werden, die vor der Bekanntmachung des Privilegiums verfertigten Waaren zu verkaufen. So wie indessen ein jedes andere Gesetz ad praeterita erstrecket werden kann, wenn es der Regent für gut findet, so ist nun solches auch bey den Privilegien keinem Zweifel unterworfen[2]).

2) Ein Privilegium legt, wie ein Gesetz, allen Unterthanen die Verbindlichkeit auf, demselben nicht entgegen zu handeln, und folglich den Privilegirten in der Ausübung seines Privilegiums nicht zu hindern. Soll jedoch diese Verbindungskraft statt finden, so muß das Privilegium durch eine Insinuation oder sonst gehörig bekannt gemacht worden seyn [3]). Ist dieses geschehen, welches auch durch den Privilegirten selbst bewirket werden kann, z. B. wenn der Buchhändler das ihm wegen eines gewissen Verlagswerks verliehene Privilegium auf dem Titel des Buchs anzeigt, oder solches in dem Buche selbst abdrucken läßt, so kann nicht nur gegen Jeden, der auf solche Art Wissenschaft desselben erhalten hat, wegen einer Verletzung desselben geklagt werden [4]), sondern es ist auch eine jede Handlung für null und

1) Einer andern Meinung ist zwar Leyser Spec. VII. med. 5. allein man sehe Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 2. Th. S. 109. ff.

2) S. SCHAUMBURG in Diss. de natura privilegiorum, tam gratiosorum, quam conventional. (Ienae 1736.) §. 16. ZIEGLER de Iur. Maiestat. lib. II. cap. 15. §. 43.

3) HOMMEL Rhapsod. Vol. IV. Obs. 533. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. XI. Supplem. Spec. V. obs. 11.

4) BOEHMER in iure Digestor. h. t. §. 12. Im petitorio kann deßhalb die *actio confessoria utilis*, in possessorio aber das *Inter-*

und nichtig zu halten, welche gegen dasselbe unternommen worden ist [5]). Selbst ein richterliches Erkenntniß ist nichtig, wenn es dem ausdrücklichen Inhalt eines Privilegiums zuwiderläuft, in so fern solches von dem Privilegirten im Gericht auf die gehörige Art ist produciret worden [6]). Gleichwie es jedoch von dem Willen des Gesetzgebers abhängt, die allgemeine Verbindlichkeit eines Gesetzes in Ansehung eines und des andern einzuschränken, und eine Ausnahme von der Regel zu machen, so stehet ihm auch die Macht zu, die Wirkung eines Privilegiums in Ansehung eines oder des andern dergestalt zu beschränken, daß gegen diesen das Privilegium nicht gebraucht werden darf. Endlich haben

3) Privilegien, so wie Gesetze, nur in dem Staate desjenigen Regenten eine Gültigkeit, der solche verliehen hat. Denn sie sind ein Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt, welche ordentlicher Weise nicht ausser dem Gebiete des Regenten wirken kann. Wenn daher einer Akademie die peinliche Gerichtsbarkeit vermöge eines Privilegiums zustehet, so kann zwar in dem Lande der peinliche Gerichtszwang einer solchen Universität durch keine Prävention gehindert werden, allein ausser dem Territorium des Landesherrn, der dieses Privilegium der Akademie verliehen hat, ist der Richter des fori

 de-

terdictum uti possidetis utile gebraucht werden. S. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 471. ff. und §. 173. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. VI. Th. 3. n. 3.

5) *cap.* 10. *X. de elect.* *G. L.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 221.

6) *c.* 21. *X. de sentent.* ENENCKEL de privilegiis iuris civilis lib. II. cap. VI. n. 14.

deprehensionis zur Auslieferung nicht verbunden, wenn derselbe einen andern Territorialherrn, als die Akademie, hat [7]). Für Fremde sind also in der Regel Privilegien nicht verbindlich, ausser in so fern sie in dem Lande des Ertheilers gegen den Privilegirten ihr Recht geltend zu machen suchen. So z. B. schützen landesherrliche Moratorien auch wider auswärtige Gläubiger, wenn sie den Schuldner in seinem Wohnungsorte belangen wollen [8]). Bisweilen machen es jedoch Grundsätze des Völkerrechts nothwendig, daß Privilegien auch ausser dem Staate des Ertheilers als gültig anerkannt werden müssen. Dahin gehören diejenigen, welche dem Privilegirten eine gewisse Würde, oder Titel und Rang geben [9]). Denn die von einem teutschen Landesherrn seinen Unterthanen ertheilte Würden und Rang, werden bekanntermaßen auch ausser seinem Lande [10]), so wie der vom Kaiser ertheilte Adel, selbst ausser dem Reiche anerkannt; ein gleiches gilt von akademischen Würden [11]).

So-

7) S. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 2. Th. §. 584.

8) S. Pütters Beyträge zum Staats- und Fürstenrecht I. Th. N. XV. Schnaubert Anfangsgr. des Staatsrechts der gesammten Reichslande §. 267.

9) S. Hrn. Prof. Siebenkees Abh. von Freyheiten und Immunitäten in fremden Gebiete. 1. Abschn. §. 2. in Desselben Beyträgen zum teutschen Rechte 1. Th. Nr. IV. S. 113. f.

10) Hrn. Hofr. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts 2. Band §. 235.

11) Pütters Beyträge 1. Th. N. XI. §. 14. Schnauberts Anfangsgründe §. 272. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Paudect. h. t. §. 43. und *Mich. God.* WERNHER lectissim. Commentat. ad Digesta P. I. h. t. §. 3.

Soviel nun die besondern Wirkungen der Privilegien anbetrift, welche in der ihnen eigenen Natur gegründet sind, so gehört zu diesen,

1) daß der Privilegirte sich desselben bedienen kann, so weit es ihm verliehen worden ist. Hier kommt es also auf den Inhalt des Privilegiums, und dessen richtige Auslegung an, denn daraus muß bestimmt werden, wie weit sich die Befugniß des Privilegirten erstreckt [12]). Zuweilen bestimmt jedoch auch die Verjährung oder die bisherige Gewohnheit die Grenzen des Privilegiums [13]).

2) Darf kein Privilegium den rechtmäßig erworbenen Rechten eines Dritten Eintrag thun, es muß vielmehr ein jedes Privilegium salvo iure tertii quaesito verstanden werden [14]). Nach der neuesten Wahlcapitulation [15]) sollen dergleichen Privilegien, die wider die Rechte eines Dritten, ohne denselben vorher darüber vernommen zu ha-

 ben,

12) Zuweilen wird ein Privilegium nach dem Beyspiel und Inhalt eines andern Privilegiums ertheilet, welches man ein *privilegium ad instar* nennt; man sehe z. B. *L. 7. C. de Advocat. div. iudic. L. un. Cod. de privileg. urb. Constantin. Cap. 2. de privil. in 6to.* Hier muß der Umfang und die Wirkung des Privilegiums nach dem Inhalt des privilegii exemplaris beurtheilt werden. S. *Christ. Ad.* RINDER Diss. de privilegiis ad instar. Altorf. 1714.

13) *I. H.* BOEHMER Diss. de finibus privilegior. regundis Cap. II. §. 18.

14) *L. 2. §. 16. D. ne quid in loco publico. L. 4. Cod. de emancipat.* — nec in cuiusquam iniuriam beneficia tribuere moris est.

15) Art. XV. §. 3.

ben, ertheilt worden sind, als erschlichen cassirt werden [16]).

3) Kann zwar der Privilegirte diejenigen, denen, ausser ihm, ein gleiches Privilegium verliehen worden ist, von dem Gebrauche desselben nicht ausschließen, weil der Regent mehreren einerley Privilegien ertheilen kann; (§. 104.) es stehet ihm aber doch insofern ein Verbietungsrecht zu, daß er alle und jede, welche nicht das nämliche Privilegium haben, welches ihm ertheilet ist, von der Anmaßung eines gleichen Rechts ausschliessen kann [17]). Endlich

4) kann zwar der Privilegirte, wenn er selbst keinen Gebrauch von seinem Privilegium machen will, das mit dem Privilegium verbundene Recht ohne Zweifel einem andern pachtweise überlassen [18]). Denn es können sogar persönliche Privilegien verpachtet werden [19]). Allein eine andere

16) Es giebt zwar dennoch Privilegien, die ohne Nachtheil anderer Personen nicht denkbar sind; z. B. die Moratorien, die privilegia de non appellando, das Reichsritterschaftliche Retractsrecht, u. d. m. Solche Privilegien lassen sich indessen nur aus Gründen der gemeinen Wohlfahrt oder der höchsten Billigkeit rechtfertigen. Es ist jedoch auch in solchen Fällen billig, die Interessenten vor der Ertheilung des Privilegiums mit ihren Einwendungen zu hören. S. Gerstlachers Corpus iuris germanici oder Abhandlung von den Gesetzen, Ordnungen, Friedensschlüssen, ꝛc. des teutschen Reichs IV. Band (Stuttgart 1789,) S. 367. u. ff.

17) Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts 2. Th. S. 113. und HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Spec. XII. med. 4.

18) WASMUTH in Diss. de privilegiorum natura generatim, et in specie de modis, quibus finiuntur vel amittuntur Cap. I. §. 17.

19) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. X. med. 2.

dere Frage iſt, ob auch das Privilegium ſelbſt einem andern dergeſtalt cediret werden könne, daß es in der Perſon des Privilegirten, oder auf der Sache deſſelben gänzlich aufhöre, und auf die Perſon oder Sache des Ceſſionars übergehe? Mich dünkt, daß dieſe Frage zu verneinen ſey. Denn iſt das Privilegium ganz perſonell, ſo läßt ſich ſolches von der Perſon, welcher es verliehen worden iſt, nicht trennen[20]), zumal wenn es eine gewiſſe Qualität vorausſetzt. Hierher gehört, wenn Paulus[21]) ſagt: in omnibus cauſis id obſervatur, ut ubi perſonae conditio locum facit beneficio, ibi, deficiente ea, beneficium quoque deficiat. Es kommt nicht darauf an, ob das perſönliche Privilegium auf die Erben geht, oder nicht, denn die Regel, *quidquid poteſt ad heredes transmitti, illud quoque eſt ceſſibile*, findet nicht ohne allen Unterſchied ſtatt, wie man z. B. ſchon daraus ſiehet, weil der Adel auf die eheliche Deſcendenz fortgepflanzt wird, und dennoch nicht cediret werden kann[22]). Iſt indeſſen ein Privilegium ſo perſonell, daß es nicht einmal auf die Erben gehet, ſo hilft es auch dem Ceſſionar nichts, wenn er ſich gleich von dem Cedenten eine Vollmacht geben lieſſe, und auf ſolche Art das ihm abgetretene Recht in des Cedenten Namen, als procurator in rem ſuam, geltend machen wollte[23]).

20) VOET. in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 13. *W. V.* WIESE in Diſſ. de iuribus ex ceſſione tam valida quam invalida. (Roſt. 1780.) §. 10.

21) *L.* 68. *D. de Reg. Iur.*

22) *Henr.* COCCEJI Diſſ. de ceſſione eorum, quae ad heredes non tranſeunt et contra. Frſti 1709.

23) *L.* 42. *D. de adminiſtr. et peric. tut. et curat.* LAUTERBACH in Colleg. Th. Pract. Pandect. Lib. XVIII. Tit. IV. §. 56.

Wenn nun aber das Privilegium, ohne Rücksicht auf die Person, lediglich mit einer gewissen Sache oder Forderung verknüpft ist, so geht es zwar mit der Sache oder Klage auf einen jeden andern über, dem dieselbe abgetreten wird [24]; aber von der Sache selbst kann es dennoch nicht getrennt, noch durch Cession auf eine andere Sache gebracht werden, weil dieses gegen den Begriff eines Real-Privilegiums streiten würde. Denn solches kommt blos dem Besitzer der privilegirten Sache zu, und erreicht nur mit der gänzlichen Zerstörung derselben seine Endschaft [25].

§. 102.

Noch einige Eintheilungen der Privilegien.

Da die hier zuerst vom Verf. vorgetragene Eintheilung der Privilegien in günstige und ungünstige schon oben vorgekommen [26]; so will ich hier nur noch bemerken, daß die Meinung derjenigen, welche diese Eintheilung verwerfen, und entweder alle Privilegien für verhaßt [27], oder alle für favorabel halten wollen [28], offenbar irrig, und schon von andern widerlegt worden sey [29].

Fer-

§. 56. seq. HERTIUS in Diss. de transitione privilegii personalis ad alios §. 13. Opusc. Vol. I. T. III. p. 31. Einer andern Meinung ist jedoch WASMUTH in Diss. de privilegior. natura etc. §. XIV. seq.

24) *L. 68. D. de Reg. iur.* verb. ubi vero genus actionis etc. *L. 1. §. 43. D. de aqua quotid.*

25) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 93. n. I.

26) S. im 1. Th. §. 98. S. 554. f.

27) LÖHLEIN Progr. privilegia titulo oneroso etiam extraneo quaesita revocari posse. *Wirceb.* 1756. §. 7. sq.

28) S. Observationes Halenses T. III. Obs. 15.

29) HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Specim. XII. med. 2. *Laz. Car.* WOELKER in Diss. de privilegiis odiosis et poenalibus.

Ferner werden die Privilegien in conventionelle und graziöse eingetheilt, je nachdem dieselben entweder durch einen ordentlich verabredeten Vertrag, oder ohne einen solchen durch die blose Gnade des Regenten erworben worden sind [30]). Sind Privilegien der erstern Art unentgeldlich ertheilt worden, so werden sie *gratuita* genennt, ist aber pacisciret worden, daß der Privilegirte gegen Bezahlung einer bestimmten Summe, oder gegen ein anderes Aequivalent das Privilegium erhalten solle, so heißt das unter einem solchen titulo oneroso ertheilte Privilegium ein *conventionale onerosum* [31]).

Endlich pflegt man die Privilegien auch noch in affirmative und negative einzutheilen. Erstere werden diejenigen genennt, wodurch dem Privilegirten ein gewisses Recht, z. B. ein Monopolium, oder die Gerichtsbarkeit, ertheilet worden ist. Letztere hingegen bestehen in der Befreyung von einer gewissen Verbindlichkeit, wie z. B. die Steuerfreyheit, oder in dem Aufschub der Erfüllung derselben, wie z. B. ein Moratorium [32]).

bus. Altorf. 1718. Die Bodensche oder Beckmannsche Dissertat. ist schon oben 1. Th. S. 554. Not. 24. angeführet worden.

30) *Io. Gottfried* SCHAUMBURG Diss. de natura privilegiorum tam gratiosorum quam conventionalium. Ienae 1736.

31) Nicht eine jede Prästation, die für das erhaltene Privilegium entrichtet worden ist, macht dasselbe schon zu einem privilegio oneroso, wenn selbige nicht mit den Vortheilen des Privilegiums im Verhältniß steht. S. *Sam.* STRYCK Diss. de privilegiis titulo oneroso quaesitis. Halae 1704.

32) Hofr. Schnaubert in den Anfangsgr. des Territorial-Staatsrechts §. 262. S. 173. f.

§. 103.

Wer kann Privilegien ertheilen?

Das Recht, Privilegien zu ertheilen, ist zwar ein Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt. Es kann also nur der Regent im Staate, welchem die gesetzgebende Gewalt zusteht, Privilegien verleihen [33]). Dem ohngeachtet aber kann doch, wenigstens in Teutschland, das Recht der Privilegien nicht völlig nach den Grundsätzen und Einschränkungen, welche von der gesetzgebenden Gewalt überhaupt gelten, beurtheilt werden. Denn so kann zwar der Kaiser, ohne Einwilligung der Reichsstände, keine Gesetze geben, allein das Recht, Privilegien zu ertheilen, welche durch ganz Teutschland gelten, steht ihm als ein Reservatrecht zu, bey dessen Ausübung der Regel nach die Concurrenz der Reichsstände nicht erfordert wird [34]). Indessen sind dem Kaiser doch auch hierin durch die Wahl-Capitulation mancherley Einschränkungen gesetzt worden, z. B. er darf keine Monopolien, ferner keine Privilegien ertheilen, die den Hoheitsrechten eines Reichsstandes Eintrag thun. Keineswegs aber ist dem Kaiser das Recht benommen, mittelbaren oder landsässigen Unterthanen Privilegien zu ertheilen; es kann auch der Landesherr die Anerkennung eines kaiserlichen Privilegiums anders nicht verweigern, als wenn dasselbe der

33) *Andr. Flor.* RIVINI Diss. de principali beneficio in concedendis privilegiis. Vitemb. 1754.

34) Moser teutsches Staatsrecht IV. Th. Kap. 56. von Gönderrode Abhandl. des teutschen Staatsrechts III. Buch 7. Kap. Carl Fried. Gerstlacher Corp. iur. germ. publici et priv. oder Abhandl. von Gesetzen rc. des teutschen Reichs IV. Band 9. Kap. PÜTTER Institut. iur. publici §. 224.

der Landespolicey zuwiderläuft [35]). Da übrigens Gesetze nicht auf vergangene Handlungen zurückwirken, so können freylich die Einschränkungen, welche jetzt in der Wahlcapitulation in Ansehung des kaiserlichen Rechts der Privilegien enthalten sind, nicht auf die ehemals ertheilten Privilegien des Kaisers angewendet werden. Die Gültigkeit der ältern kaiserlichen Privilegien ist daher nicht nach der heutigen Beschaffenheit der kaiserlichen Gewalt, sondern nach der Zeit zu beurtheilen, da dieselben ertheilet wurden [36]).

Ob bey erledigtem Kaiserthrone auch die Reichs-Vicarien eben so, wie der Kaiser, Privilegien zu ertheilen befugt sind, ist zwar in dem bekannten Reichsgesetz, worin die Grundlage der Vicariats-Gerechtsame beruhet [37]), nicht deutlich entschieden; indessen, da man h. z. T. ausser jenem Gesetz, und was aus demselben durch eine gerechte Schlußfolge hergeleitet werden kann, auch ein gesetzmäsiges Herkommen als rechtliche Norm zur Beurtheilung der Reichs-Vicariats-Rechte gelten läßt [38]), so kann wenigstens

35) S. Pütters Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 1. Th. Nr. XIII S. 210. und Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts 2. Band §. 230.

36) LOCHNER Select. iuris universi P. I. pag. 37. seq. *Ge. Erasm* KOBES Diss. de effectu hodierno privilegiorum aevi antiquioris ad illustr. *art. VIII. §. 21. Capit. Caesar.* Altorf. 1766. und besonders Pütters auserlesene Rechtsfälle. 2. Bandes 3. Th. Resp. CCXXVI. n. 116. S. 803.

37) Gold. Bulle Tit. V.

38) S. Kurzgefaßte Erörterung einiger Staatsrechts-Fragen, die Reichsvikariate betreffend. Frankf. und Leipz. 1790. 8. N. I. Wel.

stens aus diesem Grunde den Reichs-Vicarien jenes Recht nicht abgestritten werden[39]). Es fehlt daher nicht an Beyspielen, daß die Reichs-Vicarien Standes-Erhöhungen ertheilet, Titulaturen gegeben, Comitive verliehen, auch Moratorien, Großjährigkeit und Legitimationen ertheilet haben[40]).

In den einzelnen Reichslanden kann jeder Reichsstand vermöge der Landeshoheit seinen Unterthanen Privilegien ertheilen[41]), und zwar ist der Landesherr bey der Ausübung dieses Rechts ordentlicher Weise durch Concurrenz der Landstände nicht eingeschränkt, wenn nicht das Object des Privilegiums so beschaffen ist, daß dabey, vermöge der Landesverfassung, der ständische Consens erfordert wird[42]). Es kann

Welches ist die rechtliche Norm, wornach die Reichsvikariats-Gerechtsame zu beurtheilen sind? und Häberlins Handbuch 3 Th. §. 484. S. 647. ff.

39) S. GRIEBNER de iuribus Vicarior. Imp. illis in primis, quae perperam a nonnullis in dubium vocantur, in *select. Opusc. iuris publici* T. II. Sect. I. §. 29. sqq. *Lib. Bar. a* WERNHER select. Observat. forens. Tom. I. P. III. Obs. 116. n. 361. sqq. pag. 601. sq. PÜTTER Institut. iur. publ. germ. §. 465. Gerstlacher Corp. I. P. et P. a. a. O. S. 372. und *Anonymi* Tractat. de Serenissim. Imp. Vicariis eorumque iuribus, ex legibus fundamental. et historia Imp. confectus. 1790. 8. §. 8.

40) SPENER Iure publ. Th. 6. S. 57. Moser von kaiserlichen Regierungs-Rechten S. 830. f. und im Staatsrecht Th. VIII. S. 50. ff. Vorzüglich aber vergleiche man hier des Herrn von Sartori Reichs-Vicariatisches Staats-Recht (Augsburg 1790. 8.) Kap. 3. §. 87—93. und Kap. 7. §. 134. und 144.

41) *Instr. Pac. Osnabr. Art. VIII.* §. 1.

42) Moser von der Landeshoheit in Gnaden-Sachen Kap. 9. §. 5. Häberlin Handbuch 2. Th. §. 231.

kann auch ein Landesherr fremden Unterthanen Privilegien ertheilen, insofern sie nämlich in seinem Lande ausgeübt werden sollen [43]).

Dahingegen können nun alle diejenigen, welchen keine Landeshoheit, mithin auch keine gesetzgebende Gewalt zustehet, keine Privilegien ertheilen. Hierher gehören I) Erbprinzen; das Privilegium eines Erbprinzen kann wenigstens für die Zeit, wo er noch nicht zur Regierung gelangt ist, nicht gelten, ob es gleich denselben in der Folge, nachdem er zur Regierung gekommen, verbindet, insoferne er nämlich zur Zeit der Verleihung schon im Stande gewesen ist, sich durch Vertrag verbindlich zu machen [44]). II) Apanagirte Prinzen; III) unmittelbare Glieder des Reichs, die keine Reichsstände sind; und IV) mittelbare Obrigkeiten und hohe Landes-Collegien, insofern ihnen nicht etwa das Recht, ein geringes Privilegium zu ertheilen, z. E. die Ergänzung der Volljährigkeit, ausdrücklich wäre verstattet worden.

§. 104.

Kann ein Landesherr mehreren einerley Privilegien ertheilen?

Noch kann die Frage entstehen, ob ein Landesherr an einem Orte, wo er bereits einem ein gewisses Privilegium, z. B. das Privilegium der Gastgerechtigkeit, gegeben, einem andern ebenfalls ein solches Privilegium zu erthei-

43) WALCH Introd. in controv. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 3.

44) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. X. med. 10. Eichmanns Erklärungen des B. R. 2. Th. §. 103. S. 117. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Obs. 46. und WASMUTH alleg. Dissert. §. VI.

ertheilen, befugt sey [45])? Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht einerley Meinung [46]); mich dünkt jedoch, daß die bejahende Meinung des Verfassers keinem gegründeten Zweifel unterworfen sey. Denn unmöglich kann in einem zweifelhaften Falle angenommen werden, daß sich der Landesherr durch die Ertheilung eines Privilegiums in seinen Hoheitsrechten habe einschränken und die Hände binden wollen [47]). Es kann daher kein Privilegium im Zeifel ausschliessend erklärt werden [48]), wenn nicht entweder der Landesherr sich hierzu durch einen Vertrag ausdrücklich verbindlich gemacht hat, daß er sich seines Rechts, andern Einwohnern desselbigen Orts ein ähnliches Privilegium zu ertheilen, künftig nicht weiter bedienen wolle, oder das verliehene Privilegium schon seiner Natur nach ausschliessend und so beschaffen ist, daß es durch ein anderes ähnliches Privilegium vereitelt werden würde. Denn durch das Privilegium soll ja der Privilegirte weiter nichts erlangen, als in gewisser Rücksicht nicht nach dem gemeinen

45) Ueber diese Frage findet sich ein Erlangisches Fakultätsurtel in dem neuen Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte herausgegeben von C. A. Günther und C. F. Otto auf das Jahr 1786. 2. St. N. V. S. 165. ff. in welchem dieselbe bejahend entschieden worden ist.

46) Man vergleiche hier HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. XII. med. 4. und WASMUTH cit. Diss. §. X.

47) LEYSER in meditat. ad Pandect. Vol. I. spec. X. med. 4. sagt: *Tunc enim, cum privilegium quoddam maiestati principis, aut iuribus regalibus nocere videtur, quantum fieri potest, restringendum est. Accedit, quod nemo privatus, nedum Princeps, facultati sibi competenti renunciasse praesumatur.*

48) S. Consil. ICtor. Halens. T. II. lib. II. Cons. 105. n. 4. 10.

nen Rechte beurtheilt zu werden. Bleibt ihm dieser Vortheil ungekränkt, so hindert den Landesherrn, einem andern ein gleiches Privilegium zu ertheilen, sonst nichts, als sein ausdrückliches Versprechen. Wie wenn ich aber in einer Sache, die vorher jedem frey war, ein Privilegium erhalte, ist dieses nicht als ein exclusivum zu betrachten? Nein, auch denn nicht, wenn gleich dem Privilegium die Clausel ausdrücklich wäre einverleibt worden: daß sonst niemand an demselbigen Orte eines gleichen Rechts sich bedienen solle; denn dies soll nur soviel heissen: daß kein anderer, nicht eben so privilegirter Einwohner des Orts sich eigenmächtig jenem Privilegium zuwider unterfangen solle, das nämliche zu thun, was jetzt nicht geschehen soll, keineswegs aber kann es so verstanden werden, daß der Privilegirte hierdurch ein privilegium exclusivum haben, und ausser ihm niemand weiter ein gleiches Privilegium erhalten solle. Es kommt auch in keine Betrachtung, wenn etwa durch die Ertheilung des nämlichen Privilegiums an einen Andern demjenigen, der ein solches an dem Orte zuerst erhalten hat, einiger Gewinn entzogen werden sollte. Denn da der Landesherr in einem solchen Falle sich seines Rechts bedient, so thut er ihm nicht Unrecht[49].

§. 105.

Von der Concurrenz mehrerer Privilegien, und besonderer Rechte.

Wenn nun also der Landesherr mehreren Individuen gleiche Privilegien ertheilet hat, so verdient die Frage noch eine

49) *Nemini enim iniuriam facit, qui suo iure utitur,* L. 5. D. de Reg. Iuris. LEYSER a. a. O. und HARTLEBEN a. a. O.

eine nähere Erörterung, was bey einer solchen Concurrenz in Absicht auf die Anwendung dieser mehreren Privilegien Rechtens sey [50])? Die Rechtsgelehrten nehmen hier zum Grundsatz an, daß ein Privilegirter sich wider einen andern gleich Privilegirten seines Rechts keinesweges bedienen könne [51]). Versteht man diesen Grundsatz so, daß wenn Jemandem ein Privilegium ertheilet worden, er den Andern, welcher ein gleiches Privilegium hat, in der rechtmäßigen Ausübung desselben nicht hindern dürfe, so ist zwar gegen die Anwendbarkeit desselben insofern nichts einzuwenden, als die den mehreren Individuen ertheilte gleiche Privilegien so geeigenschaftet sind, daß sie füglich neben einander ausgeübt werden können, ohne sich in ihrer Anwendung einander hinderlich zu seyn. Allein man will jenem Satz auch den Sinn beylegen, daß ein Privilegirter gegen den andern nicht nach seinem Privilegium, sondern nach dem gemeinen Rechte zu beurtheilen sey, und in diesem Verstande ist der Satz unrichtig. Man führt

50) Man vergleiche über diese Frage, Joach. Heinrich Christ. Lüders nähere Betrachtung der Lehre von der Concurrenz mehrerer Privilegien, in J. C. Koppe niedersächsischen Archiv für Jurisprudenz und jurist. Litteratur II. Bd. (Leipzig 1788.) Nr. XXXIV. S. 485—495. *Io. Siegfr.* WIENTZECK Commentat. de vero sensu L. 11. §. 6. et 7. et L. 12. D. de minorib. iuncto examine regulae: *privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur iure suo. Uratislaviae.* 1778. 4. und Christ. Heinrich Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. I. Bd. (Leipzig 1795. 8.) 9. Betrachtg. S. 110. ff.

51) *Privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur.*

führt zwar für diese falsche Meinung die Stelle aus Ulpian *lib.* II. *ad Edictum* [52]) an, wo die Frage vorkommt, ob ein Minderjähriger gegen einen andern Minderjährigen von der Rechtswohlthat der Restitution Gebrauch machen könne? und weil nun dieses verneinet wird, so glaubt man, so wie in einem solchen Collisionsfalle die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt finde, so müße es auch bey allen übrigen Privilegien wenigstens in der Regel eben so gehalten werden, wenn nicht etwa die hier vom Ulpian hinzugefügte Ausnahme eintrete, daß nämlich der eine Privilegirte Vortheil zu ziehen, der andere aber Schaden abzuwenden suche. Allein bey näherer Prüfung des gedachten Fragments zeigt sich deutlich genug, daß es weder dem Ulpian noch dem Pomponius, welchen jener anführt, eingefallen sey, die unterbleibende Anwendung der Privilegien im Collisionsfalle zur Regel zu machen, vielmehr erklärt sich erster ausdrücklich dahin, daß stets das Privilegium der einen Parthey in Ausübung kommen müsse, und zwar derjenigen, die aus dem Geschäft Schaden erlitten; und selbst in dem Falle, wenn beyde Partheyen durch Ausübung ihrer Rechtswohlthat Schaden von sich abzuwenden suchen, also beyde in pari causa sich befinden, stimmen Ulpian und Pomponius

52) *L.* II. *§.* 6. *D. de minorib.* Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Et POMPONIUS simpliciter scribit, non restituendum. Puto autem inspiciendum a Praetore, quis captus sit. Proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit: melior est causa secundum POMPONIUM eius, qui accepit, et (vel) dilapidavit, vel perdidit.

nius darin überein, daß sodann der Minderjährige **in den vorigen Stand zu setzen sey**, der etwas von dem andern empfangen, ohne es zu seinem Nutzen zu verwenden [53].

Um jedoch nun zur Bestimmung derjenigen Grundsätze, aus welchen die Concurrenz der Privilegien zu beurtheilen ist, näher zu schreiten, so wird es, um allen Mißverstand zu vermeiden, nöthig seyn, die eigentlich sogenannten **Privilegien**,

53) Man glaubt zwar, nach der gewöhnlichen Vorstellungsart, daß in dem Falle, si ambo capti sunt, keiner von beyden restituirt werden könne. Selbst **Cujaz** dachte so, welcher daher in *Comment. ad Tit. Dig. de minoribus* Tom. II. Operum (Hanoviae 1602.) p. 169 sich folgendermaßen erklärt: *Si uterque captus sit, cessant Praetoris partes, et vero si minor minori crediderit, et is pecuniam statim perdiderit, satius est, rem a Praetore intactam relinqui, ne dum vult uni subvenire, in alterum iniurius esse videatur: quoniam et is, qui accepit, captus est propterea, quod pecuniam amisit, et is, qui dedit, propter exceptionem aetatis. Quare neutri restitutione data, melior erit causa eius, qui accepit, et consumsit.* Allein schon **Anton Faber** erinnerte dagegen in seinen *Rationalibus ad Pandect. ad* L. 11. §. 6. D. *de minorib.* sehr gründlich: male dici in hoc casu, a praetore rem intactam relinqui: nam *non potest fieri,* sagt er, *ut non teneatur is,* qui pecuniam accepit, licet eam consumserit, *si non ei succurratur per restitutionem.* Wem sonst, als seiner Restitutionswohlthat hat es also in diesem Falle der minderjährige Beklagte zu verdanken, daß er von der Verbindlichkeit, das empfangene Geld zu erstatten, frey ist? Denn nach dem strengen Rechte müßte er allerdings bezahlen. L. 43. D. *de Obligat. et Action.* L. 101. D. *de Verb Obligat.* S. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptorum iuris civ. lectionum Lib. I. cap. 21. u. *Marc.* LYCKLAMA à NYHOLT *Membranar.* lib. VII. Eclog. 15.

legien, von den besondern Rechten zu unterscheiden. Wenn demnach der Landesherr mehreren Individuen gleiche Privilegien ertheilet hat, so sind sie entweder von der Art, daß sie neben einander füglich ausgeübt werden können, ohne sich in ihrer Anwendung hinderlich zu seyn, oder sie sind so beschaffen, daß sich die Ausübung des einen Privilegiums mit der Ausübung des andern nicht verträgt. Im erstern Falle gelten beyde Privilegien, und keiner der Privilegirten kann und darf in diesem Falle den andern, der ein gleiches Privilegium hat, verhindern, sich desselben zu bedienen, sondern sie können beyde ihre Privilegien neben einander ausüben. Gesetzt also, Cajus hat in einer Stadt das Recht erlangt, eine Apotheke zu halten, Titius erhält hierauf ein gleiches Privilegium. Hier können beyde Privilegien neben einander bestehen, keiner darf daher dem andern die rechtmäßige Ausübung seines Privilegiums verwehren. Wenn nun aber, welches der andere Fall ist, unter mehreren Privilegien eine wirkliche Collision eintritt, so daß die Ausübung des einen Privilegiums mit der Ausübung des andern nicht bestehen kann, so entsteht die Frage, welches Privilegium in solchem Falle dem andern vorzuziehen sey? Man muß bey Entscheidung dieser Frage vor allen Dingen darauf sehen, ob das eine Privilegium älter als das andere ist, oder ob die collidirenden Privilegien zu gleicher Zeit ertheilet worden, und also von gleichem Alter sind. Wenn jenes ist, so muß nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten das neuere Privilegium dem ältern weichen [54].

 Denn

54) ENENCKEL de privilegiis. Lib. II. cap. 5. nr. 27. sqq. ZIEGLER Tr. de iuribus majestatis. Lib. I. cap. 12. th. 5. LEY-

Denn die Verleihung des neuern Privilegiums würde hier offenbar zum Nachtheil des ältern gereichen, nun darf aber kein Privilegium den Rechten eines Dritten zuwider seyn; es gestehen vielmehr die Gesetzgeber selbst ausdrücklich, quod in cuiusquam iniuriam beneficia tribuere moris non sit [55]). Ueberdem läßt sich im Zweifel nie annehmen, daß der Landesherr das Privilegium, was er dem erstern verliehen, wieder habe aufheben, und solches einem andern ertheilen wollen, wenn nicht etwa das ältere Privilegium nur auf eine widerrufliche Art wäre verliehen worden, so daß sich der Ertheiler den Widerruf ausdrücklich vorbehalten hätte. In diesem Falle würde zwar freylich das ältere Privilegium durch die Ertheilung des neuern, neben welchem jenes nicht bestehen kann, für aufgehoben gehalten werden müßen; es könnte aber auch alsdann der ältere Privilegirte nicht über Schmälerung seines Rechts klagen, da ein solches auf eine widerrufliche Art verliehenes Privilegium zu aller Zeit nach dem Wohlgefallen des Ertheilers revocirt werden kann. Endlich unterstützen auch ganz deutliche Gesetze [56]) diese Meinung, worin bey Collision gleicher Pri-

LEYSER Medit. ad Pand. Vol. I. Spec. X. med. 11. HOMMEL Rhapsodia Quaestion Forens. Vol. III. Obs. 469. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 98. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts 2. Th. §. 105. S. 128. und Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit I. B. 9. Betracht. S. 113.

55) *L. 4. Cod. de Emancip.*

56) *Nov. XCI. cap.* 1. wo es heißt: quod antiquius et tempore prius est, vim suam retineat privilegium. Man vergleiche auch

Privilegien die Regel festgesetzt wird, daß der Vorzug der Zeit den Vorzug des Rechts bestimmen solle. Demohngeachtet fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [57]), welche gerade das Gegentheil behaupten, und jederzeit das jüngere Privilegium dem ältern vorgezogen wissen wollen. Sie stützen sich auf die bekannte Rechtsregel: *lex posterior derogat priori*, und glauben, daß sie auch bey Privilegien ihre Anwendung finden müsse, weil dieselben eine Gattung von Gesetzen wären. Allein so wenig sich auch die Richtigkeit jener Regel, daß das neuere Gesetz dem ältern vorzuziehen sey, an sich bezweifeln läßt, so läßt sich doch bey Privilegien von derselben kein Gebrauch machen, weil die Ertheilung eines jeden Privilegiums *salvo iure tertii* geschehen muß. Hierin liegt ein so auffallender Unterschied zwischen Privilegien und andern Gesetzen, daß vielmehr nach einem richtigern Rechtsgrundsatze [58]) das neuere Privilegium, welches dem ältern zuwider ist, für erschlichen gehalten werden muß. Eben so wenig läßt sich aber auch der Unterschied rechtfertigen, den einige Rechtsgelehrten [59]), um im Collisionsfalle den Vorzug

auch *Cap.* 19. *X. de praescript.* und *Cap.* 54. *de Reg. Iur. in 6to.*

57) *Geb. Christ.* BASTINELLER Diss. de eo, quod iustum est in privilegiorum collisione. (*Vitemb.* 1727.) §. 13. *Dan.* NETTELBLADT system. elem. iurisprud. positivae Germanor. commun. general. §. 483. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 5.

58) *Cap.* I. *de Constitut. in 6to.*

59) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Specim. XII. medit. 5. und MÜLLER Observ. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. I. Obs. 47.

zug des einen Privilegiums vor dem andern bestimmen zu können, darin setzen wollen, ob das ältere Privilegium ein blos graziöses, oder ein conventionelles sey. Denn wenn sie in dem erstern Falle behaupten, daß das ältere dem neuern nachstehen müße, so setzen sie voraus, daß dem Regenten die unumschränkte Befugniß zustehe, graziöse Privilegien nach Gefallen zu widerrufen, welches aber auf keine Weise zugegeben werden kann. Da jedoch dieses Argument mit der Frage coincidirt, in wiefern Privilegien widerufen werden können, so wird sich die Widerlegung dieser Meinung in der Folge bey der Erörterung jener Frage noch weiter ergeben.

Was nun hiernächst den letztern Fall betrift, wenn die collidirenden Privilegien zu gleicher Zeit ertheilet worden sind, so hat der Landesherr bey der Verleihung entweder ausdrücklich bestimmt, wie es bey eintretender Collision mit der Ausübung gehalten werden, und welches Privilegium den Vorzug haben solle, oder nicht. Im erstern Falle entscheidet die gesetzliche Bestimmung des Landesherrn. In dem letztern Falle hingegen ist kein Grund vorhanden, weshalb einer dem andern die Ausübung seines Privilegiums verwehren könnte. Es müssen daher beyde Theile gegen einander nach dem gemeinen Rechte beurtheilet werden, das heißt, sie bedienen sich beyde ihres Privilegiums in so fern, daß sie sich zwar einander nicht, aber doch jeden andern von eben dem Rechte ausschliessen [60]). Können die Partheyen sich

60) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XIII. med. 8. reg. 3. Nach der Vorschrift des allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, Einleitung §. 104. muß jeder der Privilegirten von seinem Recht so viel nachgeben, als erfor-

sich hierüber in Güte nicht vereinigen; so thun sie, statt einen Proceß deßhalb anzufangen, besser, wenn sie sich unmittelbar an den Landesherrn wenden, und um höchste Bestimmung bitten, wie es hier wegen der Collision mit der Ausübung ihrer Privilegien gehalten werden solle [61]).

Ich schreite nun zu der Lehre von der Concurrenz der sogenannten besondern Rechte, wohin z. B. die Rechte der Minderjährigen, Kirchen, Frauenspersonen, u. s. w. gehören [62]). Auch hier können wir zur Regel annehmen, daß derjenige, welchem ein besonderes Recht zustehet, sich desselben gegen den andern, der eine gleiche Rechtswohlthat zu geniessen hat, bedienen könne, so lange nicht der Fall eintritt, daß solches wegen einer Unmöglichkeit nicht mehr angeht [63]). Wir wollen jedoch die hierher gehörigen einzelnen Fälle noch genauer entwickeln. Wenn besondere Rechte mit einander concurriren, so kommt es zuerst darauf an, ob sie so beschaffen sind, daß der eine Theil sich seines Rechts bedienen könne, ohne dem besondern Rechte des andern Theils zu nahe zu treten, weil nämlich nur die eine Parthey sich in dem Falle befindet, wo ihr ein besonderes Recht nach den Gesetzen zustehet, die andere aber nicht; oder ob sie wirklich mit einander collidiren, d. i. ob sie so beschaffen sind, daß der Gebrauch des einen ohne Nach-

erforderlich ist, damit die Ausübung beyder Privilegien zugleich bestehen könne.

61) BASTINELLER a. a. O. §. 14.

62) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XIII. med. 8.

63) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 624. nr. 2. pag. 129.

Nachtheil des andern nicht bestehen kann. In dem erstern Falle findet jene Regel ihre vollkommene Anwendung, und es hat gar keinen Zweifel, daß derjenige, welchem ein ius singulare zustehet, sich seines Rechts gegen den andern bedienen könne, in so fern das besondere Recht des andern nicht darunter leidet. Hierher gehören folgende Fälle:

1) Eine Frauensperson, wenn sie sich gleich bey einer andern Frauensperson für einen dritten verbürgt hat, darf sich dennoch auf die Wohlthat des Vellejanischen Senatusconsultums berufen [64].

2) Wer in öffentlichen Geschäften abwesend gewesen, kann eine Wiederherstellung seiner Rechte auch wider denjenigen erlangen, der aus gleicher Ursach abwesend gewesen ist [65].

3) Ein Minderjähriger wird auch gegen den Fiskus mit dem Gesuche um die Restitution gehört [66], wenn gleich der Fiskus sonst auch die Rechte der Minderjährigen zu geniessen hat [67]. Ja er kann sogar wider einen andern Minderjährigen, mit dem er im Proceß befangen ist, gegen die Verabsäumung einer Nothfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen [68].

4) Wenn

64) *L. 5. Cod ad SCtum Vellejan.* Die hierher gehörigen Worte sind: Quodsi consensisti obligationi, *s c i e n t e   c r e d i t r i c e*, auxilio Senatusconsulti uti potes.

65) *L. 46. D. Ex quib. caus. maiores.*

66) *L. 1. Cod. Si adversus fiscum.*

67) *L. 4. Cod Quibus ex caus. maiores. L. 3. C. de iure Reipubl. L. 9. C. de appellat.*

68) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 624. nr. 2.

4) Wenn eine Kirche gegen die andere verjähren will, so ist auch hierzu eine Zeit von 40 Jahren erforderlich [69]; und

5) derjenige, welcher einen befreyten Gerichtsstand hat, kann sich dieses Privilegiums auch gegen denjenigen bedienen, welchem ebenfalls ein solcher befreyter Gerichtsstand zustehet, wenn ihn etwa dieser vor dem gemeinen Richter belangen wollte [70].

Der Grund von diesen Entscheidungen ist leicht einzusehen. Denn wenn gleich in den genannten Fällen beyde Partheyen privilegirt sind, so befindet sich doch nur überall die eine Parthey in dem Falle, wo das ihr zustehende besondere Recht seine Anwendung findet, folglich wird die der andern Parthey in einem ähnlichen Falle zustehende Rechtswohlthat nicht geschmälert. So kommt z. B. das Vellejanische Senatusconsultum nicht der Frau zu statten, welche das Geld darleihet, und zu deren Sicherheit die Bürgschaft geleistet wird, sondern nur derjenigen, die sich verbürgt hat; und eben so hat nur die Kirche sich ihrer Wohlthat zu erfreuen, gegen welche verjährt wird, nicht die, welche verjährt; u. s. w.

Wenn nun aber beyde Theile in dem Falle sich befinden, daß ihnen nach den Gesetzen ein besonderes Recht zu-

 stehet,

69) *Cap.* 8. X. *de praescript.* Ecclesia se potest *adversus ecclesiam* quadragenaria temporis praescriptione tueri de re illa, quam inconcusse quadraginta annis noscitur possedisse. add. *cap.* 6. X. *eodem.*

70) So z. B. kann sich ein Geistlicher gegen einen andern Geistlichen auf sein privilegium fori berufen, wenn ihn letzterer bey einem weltlichen Richter belangen wollte. *Cap.* 1. X. *de foro compet.*

stehet, und der eine Theil von seinem Rechte keinen Gebrauch machen kann, ohne dem besondern Rechte des andern Theils zu nahe zu treten, und selbiges zu schmälern; so ist hier eine wahre Collision dieser besondern Rechte vorhanden, bey welcher man auf folgende Punkte zu sehen hat; nämlich

I) ob die collidirenden besondern Rechte von gleicher oder von verschiedener Art sind. Ist letzteres, so muß die schwächere Rechtswohlthat der stärkern weichen [21]). Für die stärkere Rechtswohlthat wird aber diejenige gehalten, welche die Gesetze am meisten begünstigen. So begünstigen die Gesetze im Collisionsfalle das beneficium aetatis, d. i. die den Minderjährigen zustehende Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mehr, als die Wohlthat des Vellejanischen oder Macedonianischen Rathsschlusses. Wenn daher eine Frauensperson für den Schuldner eines Minderjährigen sich verbürgt hat, so kann sie sich wider einen solchen Gläubiger der Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses nicht bedienen, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlen kann, und der Gläubiger sich auf das Recht seines Alters beruft [72]). — Eben so wenig kann auch das Macedonianische Senatusconsultum einem Minderjährigen entgegen gesetzt werden, wenn dieser einem in der väterlichen Gewalt stehenden majorennen Sohne ohne des Vaters Einwilligung baar Geld geliehen hat [73]). — Ist ein

71) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 98.

72) *L.* 12. *D. de minorib.*

73) *L.* 3. *§.* 2. *D. de SCto Macedon.* *L.* 11. *§.* 7. *D. de Minorib.*

ein besonderes Recht blos nach dem Beyspiel eines andern eingeführt worden, so stehet es der eigenen Rechtswohlthat des andern nach, sie mag in der Minderjährigkeit, oder in einem Senatusconsultum gegründet seyn. Daher kann auch den Städten das Macedonianische Senatusconsultum entgegen gesetzet werden [74]. — Und wenn ein Minderjähriger mit einer Kirche in Collision kommt, so hat das Recht des Minderjährigen den Vorzug [75].

II) Wenn nun aber besondere Rechte von gleicher Art in Collision kommen, wovon das eine nicht mehr begünstiget ist, als das andere; so ist entweder das Recht des einen älter und eher entstanden, als das Recht des andern, oder die besonderen Rechte beyder Partheyen sind zu gleicher Zeit, und durch einerley Geschäft begründet worden. Im erstern Falle entscheidet der Vorzug der Zeit, das ältere besondere Recht der einen Parthey hat daher den Vorzug vor dem jüngern Rechte der andern Parthey [76]. So ist z. B. das Vorzugsrecht der Kinder erster Ehe wegen des Brautschatzes ihrer verstorbenen Mutter stärker, als das ihrer Stiefmutter wegen ihres Eingebrachten

74) *L. 15. D. de SCto Macedon. et Dionys.* GOTHOFREDUS *in Not. ad h. L. lit. k.*

75) *Cap. 1. X. de in int. restitut.* HARTLEBEN Spec. XIII. meditat. 8. Reg. 3. pag. 266.

76) *Nov. XCI. cap. 1.* — Sicut enim, si duo debita publica fuissent, necessario antiquum praeponeretur posteriori: ita et hic privilegia necessarium est priori doti dare priora, et tum secundae, ut, quod antiquius et tempore prius est, amplius obtineat robur et privilegium.

ten [77]). Im letztern Falle, wenn beyde Theile bey dem mit einander eingegangenen Geschäfte Schaden leiden, und sie solchen durch Berufung auf das besondere Recht abzuwenden suchen, mithin beyde in gleicher Lage sich befinden; so ist nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze für den Beklagten zu sprechen, und derselbe nach seinem besondern Rechte zu beurtheilen. Ulpian [78]) entscheidet nach diesem Grundsatz folgenden Rechtsfall. Ein Minderjähriger borgt von einem andern Minderjährigen Geld, dieses aufgeliehene Geld aber verschwendet er, oder er wird sonst darum gebracht, und hat also keinen Nutzen davon gehabt. Nun belangt ihn der Darleiher. Der minderjährige Beklagte sucht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, um sich gegen die Bezahlung zu schützen. Der Kläger, welcher ebenfalls ein Minderjähriger ist, beruft sich in seiner Replic auf die nämliche Rechtswohlthat, weil er einen unbilligen Verlust des Seinigen erleiden würde. In diesem Collisionsfalle soll nur der Beklagte mit seinem Restitutions-Gesuch gehört, und der klagende Minderjährige abgewiesen werden. Hier ist es schlechterdings unmöglich, daß beyde Minderjährige von ihrem besondern Rechte Gebrauch machen können, folglich läßt sich die Sache nicht anders entscheiden, als daß für den Beklagten gesprochen wird, welchen überhaupt in Collisions-

77) L. 12. §. 1. *Cod. qui potior. in pignor.* — Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel eius creditores: in praesenti autem similem praerogativam servamus, ne ius, quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur.

78) L. 11. §. 6. *D. de minorib.*

sionsfällen die Gesetze mehr begünstigen, als den Kläger [79]. Mit dieser Entscheidung stimmt auch Paulus [80]) auf das genaueste überein, wenn er sagt: Si minor viginti quinque annis filiofamilias minori pecuniam credidit, *melior est causa consumentis*: nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is, qui accepit. Hieraus erhellet zugleich, daß wenn der minderjährige Schuldner das Geld zu seinem Nutzen verwandt hätte, und folglich zur Zeit der Litis Contestation sich dadurch reicher befände, derselbe in diesem Falle mit der vorgeschützten Einrede der Restitution nicht zu hören seyn würde [81]). Denn hier sucht offenbar der Beklagte nur seinen Vortheil. Er befindet sich also eigentlich nicht in dem Falle, in welchem die Gesetze den Minderjährigen die Restitutions-Wohlthat geben. Wohl aber der Kläger, welcher dadurch nur lediglich einen Schaden abzuwenden sucht, den er durch die Nichtwiederbezahlung des dargeliehenen Geldes leiden würde. Folglich gestatten die Gesetze nur diesem den Gebrauch seiner Rechtswohlthat.

§. 106.

Von den mancherley Ursachen, aus welchen Privilegien aufhören können.

Privilegien können aus verschiedenen Ursachen wieder verlohren gehen. Die Ursache des Verlustes kann nämlich ent-

79) *L. 125. D. de Reg. Iur.*

80) *L. 34. pr. D. de Minorib.*

81) Eben dieses giebt auch Ulpian in den Worten der oben angeführten *L. 11. §. 6. D. de minorib.* puto autem a Praetore inspiciendum, quis captus sit? zu verstehen. *Captus* heißt hier soviel als laesus. *L. 3. §. 3. L. 7. pr. L. 9. §. 2. L. 29. pr. D. de minorib.* Sonst heißt *capi* auch soviel als fraudari et decipi. S. BRISSONIUS de Verb. Significat. v. *capere* n. 7. pag. 154.

entweder in der Beschaffenheit des Privilegiums selbst, oder in dem Willen des Regenten, oder in der privilegirten Person liegen [82]).

Die Beschaffenheit des Privilegiums selbst macht, daß es in folgenden Fällen aufhört:

1) wenn es nur auf eine gewisse Zeit ertheilet worden, und diese verflossen ist [83]). Hierher gehören z. B. Moratorien, oder Anstandsbriefe, welche gewöhnlich nur auf fünf Jahre ertheilt zu werden pflegen [84]).

2) Wenn das Privilegium ausdrücklich nur unter einer gewissen Bedingung, oder zu einem bestimmten Endzweck ver-

82) Joh. Christ. Quistorps Gedanken über die Frage: welches sind die vornehmsten Grundsätze, worauf es bey bestimmung der Fälle, da Privilegien aufhören können, hauptsächlich ankommt? in Desselben kleineren jurist. Schriften 1. Sammlung (Bützow u. Wismar 1772. 8.) N. IV. *I. G. F.* WASMUTH Diss. de privilegiorum natura, in specie de modis, quibus finiuntur vel amittuntur. *Goettingae* 1787. Cap. II. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XIII.

83) Stirbt der Privilegirte vor dem Ablauf dieser Zeit, so können desselben Erben das Privilegium für die noch übrige Zeit genießen, wenn nicht der Inhalt des Privilegiums, oder der Grund desselben beweißt, daß solches blos auf die Person des Privilegirten eingeschränkt war. S. WOLFF Iur. Natur. Part. VIII. cap. IV. §. 880. WASMUTH a. a. O. Cap. II §. 21. Die Ausnahme findet bey den Moratorien statt. S. *I. H.* BOEHMER Diss. de literis respirationis earumque validitate et invaliditate. Cap II. §. 10. und HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XV. medit. 8.

84) Mehrere Beyspiele führt ENENCKEL de privilegiis iuris civ. Lib. III. cap. 18. nr. 3. sqq. an.

verliehen worden ist, und die Bedingung nicht mehr erfüllet, oder der Zweck nicht mehr erreicht werden kann.

3) Ist ein Privilegium einzelnen Personen verliehen worden, so ist dasselbe entweder blos auf die Person eingeschränkt, der es verliehen worden ist, oder es geht auch auf die Erben. Im ersten Falle erlöscht das Privilegium, sobald als diejenige Person, die solches erhalten hat, entweder stirbt, oder auch in bürgerlicher und rechtlicher Bedeutung für tod gehalten werden muß. Im letztern Falle hingegen hört das Privilegium alsdann erst auf, wenn die in gerader Linie von dem Erwerber abstammende Personen alle verstorben sind [85]).

4) Wenn ein Privilegium einer moralischen Person verliehen worden ist, so endiget sich dasselbe, wenn die ganze Universitas nicht mehr existirt. So lange also noch eine einzige Person von dieser Gemeinheit vorhanden ist, so muß ihr auch das Privilegium zu statten kommen, so weit sie nämlich davon Gebrauch machen kann [86]).

5) Ist das Privilegium mit einer Sache verbunden, die jemand besitzet, so gehet es zwar mit solcher auf einen jeden Besitzer der Sache über, allein es erlöscht, wenn die Sache, woran es klebt, gänzlich zu Grunde gehet. Sollte jedoch die privilegirte Sache nur eine Veränderung leiden, so hört deßwegen das Privilegium nicht auf, wenn

85) Man vergleiche hierbey den 1. Th. dieses Commentars S. 568.

86) *L. 7. §. 2. D. Quod cuiuscunque universitat. nom.* — Si universitas ad unum redit, — ius omnium in unum recidit, et stat nomen *universitatis.*

wenn nicht etwa bey der Verleihung desselben ein anders ausdrücklich wäre festgesetzet worden. Wird die zerstörte Sache wieder hergestellt, z. B. der abgebrannte Gasthof wieder aufgebauet, so lebt auch nach der Analogie des Rechts das Privilegium wieder auf [87]).

Endlich

5) Wenn ein Privilegium mit einem gewissen Stande oder einer Würde verbunden ist, oder sonst eine gewisse Qualität bey dem Privilegirten voraussetzt, wie z. B. die Minderjährigkeit bey der venia aetatis; so hört es auf, wenn dieser Stand oder Würde verlohren gehet [88]), oder die Qualität wegfällt, die das Privilegium voraussetzte [89]).

§. 107. u. 108.

In wie fern können Privilegien widerruffen werden?

Ein anderer Grund von dem Verlust eines erworbenen Privilegiums kann in dem Willen des Gesetzgebers anzutreffen seyn, wenn er das Privilegium widerruft. In wie fern aber der Landesherr ein ertheiltes Privilegium widerruffen könne? ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Einige räumen dem Landesherrn hierin ein freyes und unumschränktes Recht ein [90]). Andere [91]), denen der Verf. bey-

87) Hier tritt die Analogie von Realdienstbarkeiten ein. *L. 20. §. 2. D. de servit. praed. urban.*

88) *L.* 6. §. 14. *L.* 8. §. 1. D. de excusat.

89) MEVIUS Part. VIII. Decis. 52. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 99.

90) *Io. Guil* GADENDAM Diss. de legibus praesertim specialibus seu privilegiis, quatenus mutari aut revocari iure possint. *Erlangae*

beystimmt, machen einen Unterschied zwischen Privilegien, die von dem Regenten aus bloßer **Gnade** verliehen worden sind, und solchen, die der Privilegirte vermöge eines **lästigen** Vertrags erworben hat. Privilegien der **letztern Art**, sagen sie, könnten zwar nicht ohne eine besondere und gerechte Ursache, hingegen **graziöse** Privilegien zu allen Zeiten nach Gefallen widerrufen werden. Die Gründe dieser Meinung sind, weil theils die Gnade des Regenten keine bestimmte Grenzen habe, und daher im Zweifel immer vermuthet werden müsse, daß ein graziöses Privilegium nach **Art eines Precariums** ertheilet worden sey; theils weil die Ertheilung eines Privilegiums, welche von dem Regenten bloß aus Gnaden geschehen ist, als eine bloße landesherrliche Constitution zu betrachten sey, die der Landesherr nach Gutbefinden wieder aufheben könne. Allein diese Gründe sind nicht überzeugend. Denn indem der Regent ein Privilegium aufhebt, ertheilt er keine Gnade. Also finden hier allerdings Grenzen Statt [92]). Daß ferner ein jedes privilegium gratiosum die Natur eines Precariums habe, läßt sich mit Grund nicht behaupten. Denn, ohne zu erwähnen, daß ein Precarium im Zweifel nie vermuthet werden kann, weil es eine aus-

langae 1743. Allein KUHN in Differt. de privilegii conventionalis irrevocabilitate *Heidelberg* 1760. hat diese irrige Meinung widerlegt.

91) COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. **Quistorp** in der angeführten Abhandlung S. 102. u. ff. HARTLEBEN Spec. XIII. med. 6. EMMINGHAUS ad *Coccejum* cit. Qu. not. u.

92) Ganz recht sagt daher GUNDLING in Iure Naturae et Gent. cap. XII. §. 45. *gratuita privilegia libere quidem promittuntur, sed postquam promissa, valide sunt servanda.*

ausdrückliche Vorbehaltung der willkührlichen Zurückforderung verlanget, und sich gar nicht denken läßt, wo eine solche Vorbehaltung nicht geschehen ist [93]); so liegt unstreitig bey der Ertheilung und Annehmung eines graziösen Privilegiums eine Art von Vertrag, nämlich eine Schenkung, zum Grunde [94]). Verträge müssen aber dem Staat eben sowohl, als seinen Bürgern, heilig seyn. Es kommt zwar ein graziöses Privilegium mit einem Precarium darin allerdings überein, daß beydes eine Art der Freygebigkeit ist, welche aus Gunst gegen Jemanden ausgeübt wird. Allein die Widerruflichkeit unterscheidet das Precarium deutlich genug von einer Schenkung, die an sich unwiderruflich ist [95]). Hieraus ergiebt sich nun auch zugleich, daß die Analogie von andern Gesetzen, welche bloß willkührliche Verordnungen enthalten, und auf die Beförderung des gemeinen Besten abzielen, hier auf Privilegien nicht anwendbar sey. Denn solche Verordnungen erfordern zu ihrer Gültigkeit die Annahme der Unterthanen nicht, und durch ihre Aufhebung wird kein erworbenes Recht derselben verletzt. Allein Privilegien ertheilen den Unterthanen, welche sie

93) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DX. med. 1. seqq. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 2. Th. S. 151. f.

94) S. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. L. medit 10. GEBAUER Diss. de privilegiis §. 19. Strubens rechtliche Bedenken 2. Th. Bd. 80. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 50.

95) *L. 1. D. de precario* sagt: Precarium est quidem genus liberalitatis, sed distat a donatione, eo, quod, qui donat, sic dat, ne recipiat; at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere.

sie erhalten haben, gewisse Vortheile und Wohlthaten, deren sie, wenn sie solche einmal acceptirt haben, nicht nach Willkühr wieder beraubt werden können. Denn durch die Annehmung eines graziösen Privilegiums wird eben so gut ein Recht erworben, als durch Acceptation eines jeden andern Vertrags. Es kann auch auf die Beständigkeit meines erworbenen Rechts keinen Einfluß haben, ob der Titel, wodurch ich solches erworben habe, ein lästiger oder ein lucrativer Titel ist [96].

Nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten kommt es daher vielmehr darauf an, ob sich der Ertheiler des Privilegiums den Widerruf vorbehalten hat, oder nicht. Ist ersteres, welches gemeiniglich durch die Clauseln, auf Wohlgefallen, bis auf Widerruf, bis auf weitere Verfügung, oder der uns, unsern Erben und Nachkommen zustehenden Macht zu mindern oder gar aufzuheben, vorbehältlich, angezeigt wird, so kann das Privilegium zu allen Zeiten widerrufen werden. Denn ein solches Privilegium nimmt die Natur eines Precariums an. So wie jedoch ein Precarium nicht gleich mit dem Tode desjenigen, der etwas auf diese Art gegeben hat, aufhört [97], so ist ein gleiches auch von einem solchen Privilegium anzunehmen [98], wenn nicht aus dem Inhalt des-

96) WERNHER Observat. for. T. II. Part. X. Obs. 377. und *Io. Henr.* FRICKE Observationes ex sententiis Facultat. iurid. Kiloniens. (*Kiliae* 1773. 4.). Obs. 1.

97) *L.* 8. §. 1. *L.* 12. §. 1. *D. de precario.*

98) VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 25. ENENCKEL de privilegiis lib. III. cap. 2. n. 9. sqq. LEYSER Spec. XI. med. 3. HARTLEBEN Spec. XIII. med. 2. et 3. Eichmann Er-

desselben deutlich zu ersehen ist, daß der Regent bey Ertheilung des Privilegiums blos auf seine Person Rücksicht genommen habe, welches insonderheit auch daraus abzunehmen ist, wenn er blos von sich und seinem Willen redet. In diesem Falle hört das Privilegium ohne Zweifel mit dem Tode des Ertheilers auf, ohne daß ein Widerruf des Nachfolgers nöthig ist [99]). Hat sich hingegen der Landesherr bey der Ertheilung des Privilegiums den Widerruf nicht vorbehalten, so kann dasselbe anders nicht widerrufen werden, als wenn überwiegende Gründe des gemeinen Wohls die Aufhebung erfordern, und es ist alsdann kein Unterschied, das Privilegium mag durch einen onerösen oder lucrativen Titel erworben worden seyn [100]). Entsteht darüber ein Streit, ob ein solcher Fall vorhanden sey, so muß die Entscheidung dem competenten Richter überlassen werden [1]). Es ist auch den Rechten und der Bil-

Erklärung des bürgerl. Rechts 2. Th. S. 152. ff. *Christ. Henr.* BREUNING Quaestio iuris controv. an privilegia concessa titulo gratioso morte concedentis exspirent? *Lipsiae* 1776. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 99.

99) Von einem solchen Falle sind das *cap. 5. de Rescript in 6to.* und die *L. 4. D. locati cond.* zu verstehen. S. Eichmann S. 158.

100) *Cap. 16. de Reg. Iur. in 6to. Nov. LXXXI. c. 2.* ENENCKEL Tr. de privilegiis Lib. III. cap. 6. et 7. STRYCK in Diss. de privilegiis titulo oneroso quaesitis. Cap. III. §. 5. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. I. §. 15. *Franc. Maur.* BACHMANN Progr. de iure imperantis circa revocationem privilegiorum ob salutem publicam. *Erfordiae* 1793. 4. Man vergleiche auch Schlözers Staatsanzeigen vom J. 1787. Heft 42. u. 44. und das Preußische Landrecht, Einleitg. §. 74.

1) Strubens rechtl. Bedenken 2 Th. Bed. 80. §. 3.

Billigkeit allerdings gemäß, daß ein solcher Unterthan, dem um des gemeinen Besten willen sein Privilegium genommen wird, wenn er solches durch einen lästigen Vertrag erworben hat, hinlänglich entschädiget werde. Denn der Staat besitzt das Geld, was der Privilegirte für die Ertheilung des Privilegiums hat zahlen müssen, sobald dasselbe aufgehoben worden ist, sine causa [2]), und kann es, ohne offenbare Ungerechtigkeit, nicht behalten. Mit Zinsen kann indessen der Privilegirte sein Geld nicht zurückfordern, weil er dafür den Genuß des Privilegiums gehabt hat; noch weniger kann er den Gewinn, der ihm dadurch entgeht, in Anschlag bringen [3]).

Nicht minder ist der Nachfolger in der Regierung, er mag durch Erb- oder Wahlrecht dazu gelangt seyn, die von seinem Vorfahrer verliehene Privilegien, ohne Unterschied, sie mögen graziöse oder convenzionelle seyn, in so weit zu halten verbunden, als sie dem Staat selbst verbindlich sind [4]). Denn der Regent ertheilt Privilegien als Re-

2) *L.* I. *§.* 2. *D. de condict. sine causa:* — Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finit est, dicendum est condictioni locum fore.

3) STRYCK in Diss. de privilegiis titulo oneroso quaesit. Cap. III. §. 23. HOMMEL Rhapsod. Quaest. forens. Vol. III. Obs. 469. n. 5. pag. 106. GAERTNER Meditat. pract. ad Pandect. Spec. I. medit. 36. pag. 61. MADIHN cit. Princip. I. R. P. I. §. 15.

4) *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 161. *Io. Pet. de* LUDEWIG D. de obligatione successorum in principatu. Halae 1714. Cap. IV. Christ. Jacob von Zwierlein Nebenstunden 1. Th. 3. Abhandl. S. 66 ff. MADIHN c. l. und WASMUTH in der mehrmals angeführten Dissertat. Cap. II. §. 29. u. 30.

Repräsentant des Staats. Er ist also mit dem Staate für eine und ebendieselbe Person zu halten. Der Staat aber bleibt immer eben derselbe, und so auch der Regent, als solcher. Dieser, als Erklärer des Nationalwillens, ist zu allen Zeiten eben dieselbige Person, wenn auch das Individuum, welches auf den Thron sitzt, von Zeit zu Zeit wechselt. Jeder Regierungsnachfolger ist also verpflichtet, die Staatshandlungen seines Vorfahrers, als die seinigen, anzuerkennen, zumal da jeder Regent die Vermuthung für sich hat, daß er überall seinen Pflichten gemäß handle [5]). Aus diesen Gründen ist es daher auch nicht nöthig, um die Confirmation eines Privilegiums bey dem Regierungsnachfolger nachsuchen [6]).

§. 109.

Verlust der Privilegien, wovon der Grund in dem Privilegirten selbst anzutreffen ist.

a) Mißbrauch des Privilegiums.

Endlich kann es Fälle geben, da in dem **Privilegirten** selbst der Grund von dem Verlust seines **Privilegiums** anzutreffen ist. Hierher gehört,

I) wenn

5) Versuch einer ausführlichen Erörterung der Frage: in wiefern ist der *successor singularis ex pacto et providentia maiorum* zur Anerkennung der Verträge und Handlungen des Vorfahrers verpflichtet? nach kritischen Principien. 1797. 8. S. 21. ff.

6) Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. VII. Bd. (Hannover 1796.) Med. 366. Schnauberts Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande §. 127. u. 128.

I) wenn er sich seines Privilegiums unwürdig macht. Es kann dieß auf zweyerley Art geschehen,

a) durch Mißbrauch, oder zweckwidrige Anwendung des Privilegiums [7]). Soll jedoch der Mißbrauch den Verlust des Privilegiums nach sich ziehen, so erfordert man billig einen solchen, der aus Vorsatz herrührt, und welchen der Privilegirte auch nicht durch scheinbare Gründe abzulehnen im Stande ist [8]). Wegen einer bloßen Unvorsichtigkeit, die der Privilegirte bey der Ausübung seines Privilegiums zu Schulden kommen lassen, sie sey auch noch so groß [9]), pflegt gewöhnlich nur auf eine Geldstrafe erkannt zu werden [10]). Ueberhaupt aber geht durch Mißbrauch ein Privilegium weder gleich noch ipso iure verlohren, sondern es wird nach gehöriger Untersuchung der Sache auf den

 gänz-

7) *L. 3. Cod. de Aquaeductu. Can. 7. Dist. LXXIV. Cap. 11. et Cap. 24. X de privilegiis.* — Privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate. Adde *Cap. fin. X. de Rescript.* Vid. *Sam.* STRYCK Diss. de abusu iuris quaesiti (*Dissertat. Vol. IV. Disp. 9.*) Cap. IV.

8) *Cap. fin. X. de Rescript.* Quistorp in der oben angeführten Abhandlung S. 123. MEVIUS P. 2. Dec. 158. n. 4.

9) Die Regel: *culpa lata aequiparatur dolo.* L. 226. D. de Verb. Signif. gilt bekanntermaßen nur in caussis civilibus, wenn vom Schadensersatz die Rede ist, *L. 1. §. 1. D. si mensor fals. mod. dixerit;* in Pönal- und Criminalsachen aber findet sie keine Anwendung *L. 7. D. ad L. Cornel. de Sicar.* S. PÜTTMANN Adversarior. iuris universi. Lib. I. c. 12. p. 201.

10) WERNHER select. Obs. for. Tom. II. P. VI. Obs. 445. Quistorp in den Grundsätzen des T. peinlichen Rechts. 2. Th. §. 567.

gänzlichen Verlust desselben der Regel nach erst dann erkannt, wenn der Mißbrauch besonders nachtheilige Folgen für den Staat gehabt hat, und derselbe verschiedentlich, sogar der deshalb an den Privilegirten ergangenen Befehle, um ihn abzustellen, ungeachtet, wiederholt worden ist. Man erfordert daher billig, daß der Privilegirte vorher gehörig gewarnet, und ihm der Verlust des Privilegiums bey fernern Mißbrauch angedrohet worden sey [11]). Nur dann tritt der Verlust des Privilegiums wegen Mißbrauchs sogleich ein, wenn der Privilegirte sich einer so strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, die ganz allein schon die Strafe der Privation verdient. Dahin gehört z. B. verübte Grausamkeit eines Gerichtsherrn gegen einen unschuldig befundenen Gerichtsunterthan [12]).

b) Nach der kaiserlichen Wahlkapitulation Art. XXII. §. 11. 12. u. 13. sollen auch diejenigen ihrer Privilegien verlustig

11) *Cap. 7. Dist. LXXIV.* verb. Denunciamus autem etc. *II. F. 27. §. 7.* verb. Quicunque advocatiam suam vel aliquod aliud beneficium inornate tractaverit, et a domino suo admonitus non resipuerit etc. Richtig sagt daher *Io. Frid. de* BOEHMER in Meditat. ad Art. I. Const. Crim. Carol. § 9. *Per gradus demum ad privationem eundum, adeo, ut ne haec quidem aliter quam 1) ob* gravissimos *abusus, et 2) ob praemissam* comminationem *locum habeat.* Man vergleiche auch hierbei WIESTNER in Praelect. et Exercit. acad. iuris ecclesiast. Lib. V. Tit. 33. art. IV. n. 56. u. 57. PÜTTMANN c. l. p. 201. und WASMUTH cit. *Diss.* Cap. II. §. 22. p. 45. sq.

12) *S. G. H.* MYLIUS in Diss. de privatione iurisdictionis ob eius abusum. Lipsiae 1755. PÜTTMANN a. a. O. S. 202. und in Element. iuris criminalis Lib. II. c. IV. §. 733.

lustig seyn, welche innerhalb drey Monaten nach der Ertheilung das Diplom darüber bey der Reichskanzley nicht ausgelöset haben [13]).

§. 110.

b) Begebung und Nichtgebrauch des Privilegiums.

Ein Privilegium kann II) auch dadurch verlohren gehen, wenn der Privilegirte sich desselben begiebt, welches sowohl ausdrücklich, als stillschweigend durch solche Handlungen geschehen kann, welche dem Privilegium entgegen sind [14]). Wäre jedoch das Privilegium mehreren gemeinschaftlich verliehen worden, so kann die Begebung, welche bloß von einem dieser Theilhaber geschehen ist, den übrigen nicht zum Nachtheil gereichen [15]). Denn man kann nur seines eigenen Rechts sich begeben [16]). Da übrigens jede Begebung eines Rechts auf das strengste zu erklä-

13) Pütters Rechtsfälle II. Bandes 4. Theil, Resp. CCXXXVI. n. 24. S. 1020.

14) *L. 29. Cod. de pactis. Cap. 6. X. de privil. Ge. Christ. Guil.* EINDER Diss. de renunciatione privilegiorum. *Goett.* 1791. In einigen Fällen erklären jedoch die Gesetze die Entsagung einer Rechtswohlthat aus besondern Gründen für ungültig. Z. B. so kann sich der Ehemann des beneficii competentiae nicht gültig begeben. *L. 14. §. 1. D. soluto matrim.* S. *Io. Henr.* BERGER Diss. de privilegiis, iis maxime, quibus renunciari non potest. *Vit.* 1700.

15) *Quod pluribus commune est, unius renunciatione interverti nequit.* S. BOEHMER Consultat. et Decision. Tom. III. P. II. Decis. 7. n. 6.

16) *L. 41. D. de minorib.* Unicuique licet contemnere haec, quae PRO SE introducta sunt.

erklären ist, so kann aus dem bloßen Nichtgebrauch allein, wenn gleich der Privilegirte Gelegenheit gehabt hat, sich seines Privilegiums zu bedienen, noch nicht immer gleich eine stillschweigende Begebung desselben **für die Zukunft** gefolgert werden, weil mehr als eine Ursache seyn kann, warum es in einem gewissen Falle dem Privilegirten nicht gefiel, von seinem Privilegium Gebrauch zu machen. Eine stillschweigende Begebung ist daher vielmehr im Zweifel nur von dem gegenwärtigen einzelnen Falle zu verstehen, in welchem sich der Privilegirte seines Privilegiums nicht bedient hat; so lang nicht noch ein anderer Grund hinzutritt, woraus ein gänzlicher Verlust des Privilegiums erwachsen kann [17]). Es ist nun also die Frage noch näher zu erörtern,

17) Die Gesetze bestätigen meinen Satz deutlich. Denn so sagt *L. 2. D. de Veteranis.* Honeste sacramento solutis data immunitas non labefactatur, si quis eorum voluntate sua honorem aut munus susceperit. *L. 12. Cod de Excusat.* Voluntariae tutelae munera privilegiis nihil derogant; das heißt, wie Cujaz in Recitat. Solemn. s. Commentar. in Cod. dieses Gesetz erkläret: *Si omissa excusatione, quae mihi iure competit, mea sponte tutelam cuiusdam pupilli suscepero, non ideo minus me potero excusare a tutela nova, si deferatur.* Er ziehet hieraus die Folge: non amitti privilegium, si semel vel iterum non sim usus privilegio meo. Ferner *L. 2. Cod. de his, qui sponte publica munera subeunt.* (lib. X. Tit. 43). Qui publici muneris vacationem habent, si aliquem honorem, excepto decurionatu, (*vid. L. 1. cod.*) sponte susceperit, ob id, quod patriae suae utilitatibus cesserit, vel gloriae cupiditate paulisper ius publicum relaxaverit, competens privilegium non amittit. *Paulisper* heißt hier pro ea vice, et casu, in quo privilegio suo non est usus. *Ius publicum* aber zeigt dasjenige Recht an, quod in privilegio immunitatis iure communi Veteranis vel aliis

tern, ob und wenn Privilegien durch den Nichtgebrauch verlohren gehen können? Die Rechtsgelehrten sind darüber verschiedener Meinung. Einige halten Privilegien für res merae facultatis, die durch Nichtgebrauch anders nicht erlöschen könnten, als wenn von Seiten eines andern, dem daran gelegen, daß das Privilegium aufhöre, ein Widerspruch geschehen, und der Privilegirte sich dabey beruhiget habe. Nur diejenigen Privilegien nehmen sie aus, die nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze in Ansehung des Gebrauchs in eine bestimmte Zeit wären eingeschränket worden [18]). Z. B. das Privilegium, Markt halten zu dürfen [19]). Allein diese Theorie kann meines Erachtens wenig Beyfall finden, wenn man richtig bestimmt, was eine res merae facultatis ist, wie ich an einem andern Orte [20]) gezeigt habe, und dabey in Erwägung

aliis concesso consistit. Hieraus läßt sich urtheilen, was von der Meinung derjenigen zu halten sey, welche behaupten, daß negative Privilegien, welche in der Befreyung von einer gewissen Verbindlichkeit bestehen, durch ein einiges dem Privilegium gerade zuwiderlaufendes und wissentlich unternommenes Faktum erlöschen; ich will mich deshalb auf *Francisc. de* AMAYA Commentar. in tres posteriores libros Codicis Imp. Iustiniani. Tom. I. (*Lugduni* 1639. fol.) lib. X. Tit. 43. n. 12. seq. vorzüglich bezogen haben, der diesen Irrthum am gründlichsten widerlegt hat. Mit mir stimmt auch VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 22. überein.

18) S. *Christ.* CLAPROTH Diss. de rebus merae facultatis (Goettingae 1745.) §. 13. *Car. Frid.* DIETERICH System. elementar. iurisprud. civ. privatae P. I. Tit. 1. Part. general. §. 19. p. 30. NETTELBLADT System. elem. Iurisprud. positivae Germanor. commun. generalis. §. 472. (*Halae* 1781.)

19) *L.* 1. *D. de nundinis.*

20) S. den 1. Theil dieses Commentars S. 112. ff.

gung ziehet, daß die Gesetze selbst den Grund, aus welchem Privilegien durch Nichtgebrauch erlöschen, in einer stillschweigenden Begebung setzen [21]). Es können also Privilegien allerdings durch Nichtgebrauch verlohren gehen. Nur fragt sich's, was dazu erfordert werde? Ich bin der Meinung, daß ein Unterschied zu machen sey zwischen affirmativen Privilegien, welche dem Privilegirten die Befugniß geben, eine nach dem gemeinen Recht sonst nicht gestattete Handlung unternehmen zu dürfen, und zwischen negativen Privilegien, welche den Privilegirten von

21) *Cap. 6. et* 15. *X. de privileg.* In der letztern Stelle heißt es: Cum enim tanto tempore contra indulta privilegia decimas solverint, eis renunciasse tacite praesumuntur. Diesem ist nicht entgegen, wenn in der *L.* 12. *Cod. de Sacros. Ecclesiis* gesagt wird: privilegia, quae generalibus constitutionibus universis sacrosanctis ecclesiis orthodoxae religionis retro Principes praestiterunt, firma et illibata in perpetuum decernimus custodiri; denn dies ist nicht von einzelnen speciellen Privilegien zu verstehen, sondern von solchen, welche besondere und zum gemeinen Besten aller Kirchen eingeführte Rechte, enthalten, und daher ob utilitatis publicae rationem beständig fortdauernd erhalten werden müssen, wie schon *Tob. Iac.* REINHARTH in Diss. de eo, quod circa amissionem iurium et privilegiorum per non usum iustum est, (*Erfordiae* 1734.) §. XVIII. richtig bemerkt hat. Ein gleiches ist von den *can.* 1. *et.* 2. *Caus. XXV. qu.* 2. in Gratians Decret zu sagen; wovon *Ant. Dad.* ALTESERRA in Innocentio III. s. Commentar. in singulas Decretales huiusce Pontificis, quae per libros V. Decretal. sparsae sunt. (*Lutetiae Parisior.* 1666.) Lib. V. Tit. 33. cap. 15. p. 591. nachzusehen ist. Man sehe auch WASMUTH cit. *Dissertat.* Cap. II. §. 25. wo er jenen Irrthum, daß Privilegien für res merae facultatis zu halten, ausführlich widerlegt hat.

von einer Verbindlichkeit befreyen, die ihm sonst nach dem gemeinen Recht obliegen würde. Privilegien der letztern Art erlöschen durch Nichtgebrauch eher nicht, als wenn die Erfordernisse einer extinctiven Verjährung vorhanden sind. Zu einer Verjährung dieser Art wird nun aber, wie bekannt, nicht nur ein gewisser Zeitraum erfordert, binnen welchen man keinen Gebrauch von seinem Rechte gemacht hat, sondern es gehören auch noch insonderheit Handlungen dazu, die dem Recht desjenigen, gegen welchen verjähret wird, geradezu entgegen sind [22]). Es wird folglich zur extinctiven Verjährung eines negativen Privilegiums erfordert: 1) daß der Privilegirte dasjenige freywillig, und ohne sich jemals seines Privilegiums zu bedienen, geleistet und gethan habe, wovon ihn das Privilegium befreyet; z. B. er hat diejenigen Steuern, oder Zehnden und andere Abgaben freywillig entrichtet, wovon er doch vermöge seines Privilegiums eine Befreyung erhalten hat. Es wird ferner 2) erfordert, daß durch diese dem Privilegium zuwider unternommene Handlungen ein Anderer, der nach dem gemeinen Rechte befugt ist, alle nicht so Privilegirte zur Leistung derjenigen Schuldigkeit anzuhalten, wovon der Privilegirte eine Befreyung erhalten, in den Besitz gesetzt worden sey, diese Prästation auch von dem Privilegirten zu verlangen; und 3) daß dieser Besitz ohne allen Widerspruch des Privilegirten so lange ausgeübt worden sey, als die Gesetze nach dem Unterschiede der Person, gegen welche verjähret wird, zu einer Verjährung überhaupt erfordern; also gegen eine Kir-

22) S. *Aem. Lud.* HOMBERGK *zu* VACH Diss. de praescriptione extinctiva cum interitu iurium per non usum haud confundenda (*Marburgi Cattor.* 1750.) und NETTELBLADT in System. elem. iurispr. positiv. Germanor. commun. general. §. 467.

Kirche 40 Jahr, gegen andere Personen aber 10, 20 oder 30 Jahr [23]). Der Beweis dieser Theorie liegt in den *Cap.* 6. und 15. *X. de privilegiis.* In dem erstern Text rescribirt der Papst Alexander III. an das Cistercienser Kloster St. Andrå folgendermassen: Si de terra, quam habetis in parochia canonicorum de Plautio *per XXX. annos* eis decimas persolvistis: eas sibi de caetero integre persolvatis. Licet enim privilegiorum Rom. Eccles. beneficio fratribus Cisterciens. ordinis indultum fuerit, quod de laboribus suis nullas decimas persolvere debeant; de privilegio tamen indulto, tanto tempore vobis detrahere voluistis: *cum liberum sit unicuique suo iuri renuntiare, eoque modo non potestis vos in hac parte tueri.* Die andere Stelle enthält eine Verordnung des Papsts Innocenz III. aus der ich nur folgende Worte excerpiren will: Si abbas et monachi sufficienter ostenderint, quod a Templariis decimas de terris praedictis *per XL annos* continuo perceperint sine lite, vos ad praestationem ipsarum Templarios compellatis. *Cum enim tanto tempore contra indulta privilegia decimas solverint, eis renunciasse tacite praesumuntur.* In beyden Texten ist von einem negativen Privilegium de non solvendis decimis die Rede, dergleichen die Cistercienser Mönche und Tempelherrn von den Päpsten erhalten hatten. Erstere hatten ihres Privilegiums ungeachtet, dreyßig Jahre lang für ihre in der Parochie der Canonicorum de Plautio gelegene Länderenen, und leztere schon

23) *Andr. Christ.* ROESNER Diss. de praescriptione iuris negativi. GONZALEZ TELLEZ in Commentar. in Decretal. Gregorii IX. T. IV. Lib. V. Tit. XXXIII. ad *cap.* 6. *X. de privileg.* n. 6. pag. 489.

schon viertzig Jahre die Zehenden entrichtet. Und nun, da sie auf einmal diese Abgabe verweigerten, spricht der Papst, sie seyen schuldig, den Zehenden ferner zu entrichten, und könnten sich nicht weiter auf ihr Privilegium berufen. Denn da sie nun schon so lange Zeit keinen Gebrauch davon gemacht, so hätten sie sich desselben stillschweigend begeben, und ihr Privilegium durch extinctive Verjährung verlohren. — Es findet sich hierbey nur die einzige Schwierigkeit, wie Papst Alexander III. die Cistercienser Mönche wegen eines dreyßigjährigen Nichtgebrauchs ihres Privilegiums habe für verlustig erklären können, da doch gegen Kirchen und Klöster schon damalen die vierzigjährige Präscription eingeführt war [24]). Einen Schreib- oder Druckfehler anzunehmen, halte ich bey der einstimmigen Leseart aller Handschriften und Ausgaben unserer Decre-

24) S. *Cap.* 8. *X. de praescript.* Nach der Vorschrift der ältern Concilienschlüsse fand zwar auch gegen Kirchen und geistliche Stiftungen die dreyßigjährige Verjährung Statt. Man vergleiche in Gratians Dekrete *Can.* 1. *Cauſ. XIII. qu.* 2. und *Can.* 1. *Cauſ. XVI. qu.* 3. Allein Justinian führte in der Folge die viertzigjährige Verjährung ein. *Nov.* CXXXI. *cap.* 6. und diese wurde auch durch die neuern Kirchengesetze und Canonen der Concilien bestätiget. *can.* 1. 2. und 3. *Cauſ. XVI. qu.* 4. Dennoch aber blieb auch nach Justinians Zeiten in manchen Kirchen und Diöcesen, z. B. in Spanien und Frankreich, die vormahlige dreyßigjährige Verjährung im Gebrauch. Siehe *can.* 3. 4. 6. u. 10. *Cauſ. XVI. qu.* 3. So ist die in den einzelnen Verordnungen unsers kanonischen Gesetzbuchs desfalls vorkommende Antinomie zu heben. Conf. *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. ab *Ignat. Chriſtoph.* LORBER *a* STOERCHEN *Norimbergae* 1756. editis: Tom. II. p. 72. ſqq. und *Car. Sebaſt.* BERARDUS in Gratiani canones. Part. I. p. 189. (edit. *Venet.* 1777.)

cretalen für bedenklich [25]). Es muß also wohl einen andern Grund gehabt haben, warum der Papst gegen das Cistercienser Kloster St. Andrä eine dreyßigjährige Verjährung für hinreichend hielt. Vielleicht hat Böhmer in der unten excerpirten Note [26]) die Sache am besten getroffen.

Ich schreite zu dem zweyten Fall, wenn von affirmativen Privilegien die Frage ist. Diese können durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen [27]), 1) wenn es dem Privilegirten nicht an Gelegenheit gefehlet hat, sein Privilegium auszuüben [28]); er auch 2) in der Ausübung des-

25) Dieß muthmaßet WASMUTH cit. Dissertat. Cap. II. §. 26. p. 63.

26) ad Cap. 6. X. de privileg. Not. 72. — *Forsan* ALEXANDER *III. ideo etiam elegit iuris veteris doctrinam, ut eo citius exspiraret Cisterciensium immunitas a decimis, quam directo revocare noluit, sed tantum eius usum restrinxit. Haec enim admodum eo tempore in invidiam deducta, ut in Concilio Lateranensi III. gravissimae contra eam motae fuerint querelae, quas recenset succincte* MANRIQUE *in Annal. Cisterc. Tom. III. ad annum MCLXXIX. c. 3. et quarum ipse Pontifex mentionem facit in cap. 9. X. de decimis, adeo ut amicabilem compositionem cum episcopis fratribus Cistertii suaserit potius, quam rigidam immunitatis propugnationem, postquam bona eorum in immensum creverant.*

27) S. *Sam.* STRYCK Diss. de non usu iuris quaesiti. rec. *Lipsiae* 1698. Cap. II. n. 40. sqq. und Cap. III. HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Spec. XIII. med. 5. p. 253.

28) MEVIUS Decis. Part. II. Decis. 1. WERNHER Observat. forens. Tom. I. Part. I. Obs. 108. Daher bewirkt z. B. das Verfallen der Gerichtsplätze keinen Verlust der Gerichtsbar-

desselben durch nichts gehindert worden ist [29]; gleichwohl 3) sich desselben ganz freywillig nicht bedienet hat [30]. Es muß jedoch 4) dieser Nichtgebrauch so lange Zeit gedauert haben, als die Gesetze erfordern; es muß endlich auch 5) Jemandem daran gelegen seyn, daß das Privilegium aufhöre [31]. Nun entsteht noch die Frage, welcher Zeit-
[illegible] raum

barkeit selbst, wenn keine Verbrechen seit langer Zeit begangen worden sind, die dort hätten gerüget werden können. S. Quistorps Grundsätze des T. peinl. Rechts 2. Th. §. 568.

29) Denn es ist eine bekannte Regel: *agere non valenti non currit praescriptio* L. 1. Cod. de ann. except. *Cap.* 10. X. de praescript. R. I. de 1654. §. 172. z. B. wenn wegen grassirender Seuchen keine Messen und Jahrmärkte haben gehalten werden können, so kann dieser Nichtgebrauch keinen Verlust des privilegii nundinarum nach sich ziehen. CARPZOV Part. II. Decis. 116. BOEHMER Cons. T. III. P. 2. Dec. 7. n. 8.

30) Ein anderes wäre, wenn das Privilegium die Clausel enthielte, „solches nach freyer Willkühr zu gebrauchen" wovon PFEFFINGER in Vitriario illustrat. T. III. pag. 1248. Beyspiele gesammelt hat, ein solches Privilegium würde freylich durch Nichtgebrauch nie erlöschen können. ENENCKEL de privileg. Lib. III. Cap. 18. n. 33. LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandect. h. t. §. 52. in fin. Daher pflegt den kaiserlichen Begnadigungen, wenn deren Nichtgebrauch unschädlich seyn soll, die besondere Clausel: *ut non usus non praeiudicet*, eingerückt, auch dafür eine gewisse Taxe erlegt zu werden, wie aus Mosers Staatsrechte T. IV. S. 178. zu ersehen ist.

31) Diesem ist daher auch der Beweis aufzulegen, daß der Privilegirte sich seines Privilegiums freywillig und aus Nachläßigkeit nicht bedient habe. PHILIPPI in Usu practico Institut. Iustinianear. Lib. I. Tit. II. Eclog. 22. n. 8.

raum nach den Gesetzen verlaufen seyn müsse, ehe ein affirmatives Privilegium durch den Nichtgebrauch verlohren geht? Dies ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Denn ausser der *L.* 1. *D. de nundinis* [32]) findet sich keine ganz allgemeine und bestimmte Entscheidung über diese Frage in unsern Gesetzen. Die meisten sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten behaupten nun, daß affirmative Privilegien schon durch einen zehnjährigen Nichtgebrauch erlöschen können [33]). Denn dies sey wenigstens von dem Privilegium, Markt halten zu dürfen, nach der angeführten L. 1. ausser allem Zweifel. Warum sollte nun dieses Gesetz nicht auch in Ansehung anderer Privilegien zur Richtschnur dienen können? Man müsse in Erwägung ziehen, daß jenes Gesetz aus MODESTINI libris Regularum genommen sey. In solchen Büchern aber hätten die römischen Rechtsgelehrten Regeln und Sätze nach gemeinen Rechtsgründen vorgetragen, keine Ausnahmen von den Ge-

32) MODESTINUS *lib.* 3. *Regularum.* Nundinis impetratis a Principe, non utendo qui meruit, *decennii tempore* usum amittit.

33) ENENCKEL de privilegiis Lib. III. cap. 15. nr. 27. FROMMANN in Diss. de revocatione privilegior. licita (Tüb. 1704.) th. XI. STRYCK de nonusu iuris quaesiti. Cap. III. n. 10. sqq. BOEHMER Cons. T. III. P. II. Dec. 7. PUFFENDORF de Privilegiis Cap. I. §. 141—144. und in Observat. iuris univ. T. III. Obs. 188. §. 42. LAUTERBACH in Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 52. LUDOVICI in doctrina Pandect. h. t. §. 12. HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. h. t. §. 120. HARTLEBEN in Meditat. ad Pand. c. l. GAERTNER in Meditat pract. ad Pandect. Spec. I. med. 37. Quistorps kleine juristische Schriften. S. 119. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts. 2. Th. S. 173. ff. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 100.

Gesetzen. So lange man nun nicht darthun könne, daß aus einem besondern Grunde in Ansehung des privilegii nundinarum jene rechtliche Disposition gemacht worden, so lange müsse dafür gehalten werden, daß dieselbe auf einem allen Privilegien gemeinen Grundsatze beruhe. Hierzu komme endlich noch, daß auch Servituten, welche doch eine gewisse Aehnlichkeit mit den Privilegien haben, durch einen zehnjährigen Nichtgebrauch erlöschen [34].

Allein es fehlt demohngeachtet nicht an Rechtsgelehrten [35], die aus nicht minder wichtigen Gründen zur Regel annehmen, daß affirmative Privilegien erst durch einen Nichtgebrauch von dreyßig Jahren erlöschen, und bey dem Privilegium, Jahrmarkt zu halten, nur eine Ausnahme von der Regel machen. Denn erstlich redet doch die Verordnung ganz allgemein, nach welcher Rechte und Ansprüche erst in dreyßig Jahren präscribiret werden [36]. Folglich muß sie auch bey den Privilegien ihre Anwendung finden, so weit die Gesetze keine Ausnahme

34) *L.* 13. *Cod. de Servitut.*

35) LYNKER in Commentar. iuris civ. Lib. I. Tit. IV. §. 15. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XI. Coroll. 2. und Vol. VII. Spec. CCCCLVII. med. 6. et 7. *Tob. Iac.* REINHARTH in select. Observat. ad Christinaei Decision. Vol. III. Obs. 28. pag. 42. sqq. Struben rechtliche Bedenken V. Th. Bed. 76. S. 159. f. Pütter auserlesene Rechtsfälle II. Bandes 4. Th. Resp. 236. n. 11. et. 18. *Iac.* RAVE Princip. univ. doctr. de praescriptione §. 156. und *Lud. God.* MADIHN in Principiis Iuris Rom. (Francof. cis Viadrum) Part. I. Praecogn. §. 17.

36) *L.* 3. *C. de praescript. XXX. vel. XL. annor.*

in Ansehung derselben gemacht haben. Nun ist die Ausnahme allemal streng und nach den Worten zu erklären. Zweytens folgt es nicht, weil die *L.* 1. *de nundinis* aus Modestins Rechtsregeln genommen ist, so ist sie eine allgemeine Vorschrift für alle Privilegien. Es wäre wenigstens unerklärbar, warum Modestin gerade der Jahrmärkte besonders gedacht haben sollte. Die *L.* 1. kann allerdings allgemeine Regel für die privilegia nundinarum seyn, und in so fern in den libris Regularum der römischen Juristen einen Platz verdienen; aber deswegen kann sie doch auch Ausnahme in Rücksicht aller andern Arten von Privilegien seyn; dies ist kein Widerspruch. Es folgt auch nicht, daß Modestin selbst die Ausnahme gemacht habe. Sie kann eine besondere Verordnung eines römischen Gesetzgebers eben sowohl als ein Gewohnheitsrecht zum Grunde haben. Wissen wir doch von mehreren römischen Rechtssätzen den eigentlichen Ursprung nicht. Drittens hat es mit Jahrmärkten die besondere Beschaffenheit, daß sie den Kaufleuten des Orts nachtheilig sind, weil dadurch auch Fremde das Recht erhalten, auf dem Jahrmarkt ihre Waaren zu verkaufen [37]. Solche Privilegien haben eher das Ansehen einer Servitut. Deswegen sind aber nicht alle Privilegien von dieser Art. Denn Privilegien befördern auch nicht selten das gemeine Beste [38], und solche Privilegien muß man eher zu conserviren suchen, als

37) COCCEJUS in iure controverso. Lib. L. Tit. XI. Qu. 1. REINHARTH in Diss. de amissione iurium et privilegiorum §. 23.

38) Struben rechtl. Bedenken II. Theil, Bed. 80. S. 300. u. 301.

als auf deren Verlust erkennen [39]). Den Kirchen, und nach dem Gerichtsgebrauch auch den Städten, schadet jedoch nur ein vierzigjähriger Nichtgebrauch [40]).

39) Die Meinung, daß 30 Jahre zum Verlust eines affirmativen Privilegiums durch Nichtgebrauch erfordert werden, ist auch vom Königl. Tribunal zu Berlin angenommen. S. Hymmens Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 1. Samml. S. 23. f.

40) GAIL. Lib. II. Obs. 60. n. 12. BOEHMER in Cons. Tom. III. P. II. Dec. 5. n. 3. et Part. III. Dec. 661. n. 16. auch GAERTNER in Meditat. pract. ad Digesta Spec. I. med. 37. S. 63.



Lib. I. Tit. V.

De Statu Hominum.

§. 111.

Entwickelung der Begriffe vom ius personarum, und status hominis.

Bisher haben wir blos allgemeine Wahrheiten von den Gesetzen überhaupt, und den verschiedenen Arten derselben abgehandelt. Mit diesem fünften Titel gehen nun die Lehren des bürgerlichen oder Privatrechts selbst an. Die Römischen Juristen glaubten, daß sich der ganze Inhalt aller bürgerlichen Gesetze, und der darin bestimmten Wahrheiten auf drey Hauptgegenstände zurückführen lasse, nämlich Personen, Sachen und Klagen, und nahmen daher drey Haupttheile des Privatrechts an. So lehrt Cajus [41]) wenn er sagt: omne *ius*, quo utimur, vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones*. Eben so Justinian [42]), und Theophilus [43]). Verschiedene neuere Civilisten haben zwar diese Eintheilung des Rechts nach seinen Gegenständen ganz unschicklich finden wollen [44]). Allein daß sich dieselbe allerdings rechtfertigen lasse,

41) *L. 1. D. h. t.*

42) §. 12. *I. de iure nat. gent. et civ.*

43) Paraphr. graeca Inst. ad §. 12. cit.

44) S. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts 2. Th. S. 176. und *Ant. Frid. Iust.* THIBAUT Diss. de genuina iuris personarum et rerum indole, veroque huius divisionis pretio. *Kiliae* 1796. 8.

lasse, wenn man sie nur recht erklärt; ist schon von Andern hinlänglich gezeigt worden [45]). Versteht man unter dem *iure*, quo utimur, wie Cajus sagt, eine Norm der Handlungen für Bürger in ihren Privatverhältnissen, so giebt es eigentlich nur einen nächsten oder Hauptgegenstand des bürgerlichen Privatrechts, nämlich moralische Handlungen der Bürger in ihren Privatverhältnissen. Allein da die Privatverhältnisse der Menschen verschieden seyn können, so lassen sich in dieser Hinsicht Personen, Sachen und Klagen wenigstens als entferntere Gegenstände des Privatrechts allerdings gedenken [46]). Betrachtet man nämlich die Menschen in ihren Privatverhältnissen, so können ihnen darin mancherley Rechte und Verbindlichkeiten zukommen, die sich füglich auf drey Hauptclassen reduciren lassen. Sie gründen sich nämlich entweder auf subjective Eigenschaften, oder sie beziehen sich auf Sachen, wodurch man sein Vermögen vermehren kann, oder sie betreffen die Art und Weise, sein Recht vor Gericht zu verfolgen. Daher wird nun das bürgerliche Privatrecht nach dem System der römischen Juristen in das ius *personarum*, ius *rerum* und ius *actionum* eingetheit [47]). Der Anfang

 wird

45) S. HUBERI Digressiones Iustinian. Lib. IV. cap. I. p. 255. *Christ. Gotth.* HÜBNER Disp. de iuris civilis obiectis ad L. 1. D. de statu hom. et §. 12. I. de iure nat. gent. et civ. *Lipsiae.* 1798. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 60.

46) Gottl. Hufeland Institutionen des gesammten positiven Rechts (Jena 1798. 8.) §. 72.

47) Das Wort *actio* bedeutet hier nicht bloß das Mittel, sein Recht vor Gericht zu verfolgen, sondern wird hier in einer

so

wird mit dem iure personarum gemacht, quia, wie Hermogenian [48]) sagt, hominum causa omne ius constitutum est.

Was heißt nun Personenrecht? Wenn einige der neuern Civilisten [49]) darunter einen Inbegriff von Rechten verstehen, die ohne Rücksicht auf Sachen gedacht werden können, das heißt, die vorkämen, auch wenn es blos Personen gäbe; so läßt sich gegen diesen Begriff nicht ohne Grund erinnern, daß er blos negativ sey, und zwar ausdrücke, was das Personenrecht nicht sey, aber nicht bestimme, was es eigentlich sey; und dann läßt sich auch nicht so schlechthin behaupten, daß das Personenrecht blos solche Rechte enthalte, die ohne Rücksicht auf Sachen gedacht werden können. Die Curatel der Minderjährigen, deren Hauptzweck doch in der Verwaltung der Güter besteht, lehrt wenigstens das Gegentheil.

Personenrecht ist also vielmehr ein Inbegriff von Rechten, welche in dem verschiedenen Zustande der Menschen ihren Grund haben.

Fragt man nun aber weiter, was der Zustand eines Menschen (Status hominis) sey? so sind auch hier die

so weitläuftigen Bedeutung genommen, daß es auch den ganzen Proceß, und was dahin einschlägt, ausdruckt, wie schon *Herm.* VULTEJUS in Iurisprud. romana p. 443. bemerkt hat.

48) *L.* 2. *D. h. t.* über welche Stelle *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani iuris epitomar. libros Tom. I. pag. 217. nachgesehen werden kann.

49) S. Hugo's Lehrbuch der juristischen Encyklopädie §. 229. und Hufelands Institutionen des gesammten positiven Rechts §. 411.

die Begriffe der Rechtsgelehrten meist unrichtig. Unser Verf. sagt: *Statum hominis* constituunt mutabilia, ob quorum existentiam homini certa competunt iura. Allein dieser Begriff ist darum offenbar falsch, weil die Eigenschaft eines Menschen, welche den Zustand desselben ausmacht, auch permanent seyn kann. Z. B. die Eigenschaft des Geschlechts macht einen Zustand des Menschen aus. Allein diese ist doch gewiß nicht veränderlich. Ferner die Eigenschaft eines Ehegatten, eines Sohnes, stellt einen Zustand vor, allein auch diese Eigenschaft ist permanent [50]. Nicht richtiger ist der Begriff anderer Rechtsgelahrten [51], welche sagen, der Zustand des Menschen sey eine Eigenschaft desselben, von welcher Rechte und Verbindlichkeiten abhangen. Denn wenn ich z. B. Eigenthümer einer Sache, oder Pächter, oder Pfandgläubiger bin, so sind ja dies auch Eigenschaften, von denen Rechte und Verbindlichkeiten abhangen, und doch gehören diese, wie jeder Jurist weiß, nicht zum Personen- sondern Sachenrechte [52]. Der Zustand des Menschen ist vielmehr eine in dem Subject des Menschen beruhende Eigenschaft, woraus verschiedene Rechte entspringen.

 Nach

50) S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 62. Not. 1. S. 89. (nach der sechsten verbesserten Aufl. Frankfurt am Main 1798. 4.)

51) Man vergleiche *Arn. Flor. Theod.* MALLINKROT Diss. de statu nondum natorum, indeque dependentibus iuribus et obligationibus. (*Gissae* 1759.) §. 2. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 2. Th. §. 111. und Hufelands Institutionen des gesammten positiven Rechts §. 197.

52) Schon NETTELBLADT in Systm. element. iurisprud. positivae Germanor. commun. general. §. 13. tadelt den gemeinen Begriff von *Status hominis*.

Nach diesem Begriff ist also die Qualität eines Eigenthümers, eines Usufructuars, eines Pfandgläubigers, kein *status*, denn diese Qualität beruhet nicht in dem Subject des Menschen, sondern kommt ihm wegen der Sache zu, die er besitzt, und wegen welcher er Rechte auszuüben hat.

§. 112.

Natürlicher und bürgerlicher Zustand des Menschen. Begriff vom *status* und *ius personarum* im engern Verstande des römischen Civilrechts.

Der Zustand des Menschen wird nun entweder durch seine physische Beschaffenheit begründet, oder durch sein politisches, oder moralisches Verhältniß, in welchem er sich befindet. In dem ersten Falle ist sein Zustand ein natürlicher (*status hominis naturalis*), in dem andern aber ein bürgerlicher (*status hominis civilis*). Der natürliche Zustand des Menschen ist also eine physische Eigenschaft desselben, aus welcher Rechte entstehen. Z. E. daß ein Mensch eine Manns- oder Frauensperson ist, daß er jung oder alt, gesund oder krank ist. Der bürgerliche Zustand hingegen ist eine durch positive Gesetze bestimmte moralische Eigenschaft des Menschen, von welcher gewisse Rechte und Verbindlichkeiten in der bürgerlichen Gesellschaft abhangen. Z. B. daß Jemand ein freyer Mensch, ein Bürger, ein Soldat u. s. w. ist.

Der natürliche Zustand der Menschen[53]) ist wieder verschieden. Er bezieht sich entweder auf die Geburt,

53) S. *Franc. Car.* CONRADI Exerc. de iure personarum ex discrimine hominum naturali vario Lipsiae 1727. *Godofr. Reinold.* KOESELISIUS de iure personarum ex statu hominum naturali.

burt, — *status nativitatis*; oder auf das Geschlecht, — *status sexus*; oder auf die natürliche Eigenschaft des Leibes oder der Seele, — *status integritatis*; oder auf auf das Alter, — *status aetatis*.

Soviel den bürgerlichen Zustand anbetrift; so nehmen die Römer einen dreyfachen statum civilem an, nämlich den *statum libertatis*, *civitatis* und *familiae*, je nachdem man entweder ein freyer Mensch, oder ein Bürger, oder das Haupt, oder Mitglied einer Familie ist. Nun lassen sich zwar allerdings noch mehrere rechtliche Verhältnisse gedenken, aus denen in der bürgerlichen Gesellschaft ein Unterschied von Rechten entsteht. Es giebt daher noch manche andere status, die nicht natürlich sind. Z. B. status nobilitatis, militiae, clericalis u. s. w. Allein die römischen Juristen haben auf diese übrigen Gattungen des status civilis darum keine Rücksicht genommen, weil sie bey ihrer Theorie nur blos auf diejenigen bürgerlichen Verhältnisse gesehen haben, die eine Verschiedenheit des gemeinen Rechts bewirken; und nur von dieser Art sind die oben gedachten drey status civiles. Denn diese ziehen eine Verschiedenheit in den gemeinen Rechten nach sich, dagegen die übrigen noch denkbaren bürgerlichen Verhältnisse nur eine Verschiedenheit in den besondern Rechten wirken [54]).

Ich bemerke noch, daß der bürgerliche Zustand, so wie sich solchen die römischen Juristen vorstellen, *Status* im eminenten

rali. Ibid. 1733. et *Sam.* PUFFENDORF de statu hominum naturali, in Eius disput. academ. sel.

54) S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 62. S. 86.

nenten und engern Verstande genennt wird [55]); so wie *ius personarum* im engern Sinne des römischen Rechts den Inbegriff derjenigen Rechte bezeichnet, welche sich auf jenen dreyfachen statum civilem, nämlich den Zustand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familie beziehen [56]). Daher läßt sich erklären, wenn Justinian [57]) sagt: Summa divisio *de iure personarum* haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi [58]).

§. 113.

Begriff von Person im röm. und heutigen Sinn. Verschiedene Eintheilungen derselben. Was ist Rechtens, wenn ein Mensch mehrere Personen vorstellt?

Aus diesen Prämissen läßt sich nun erklären, was eine Person heißt. Ueberhaupt versteht man darunter ein Wesen, dem Rechte zukommen [59]). Daher ist jeder Mensch, als ein Subject von Rechten betrachtet, in diesem allgemeinen Sinne eine Person. Allein das röm. Civilrecht unterscheidet zwischen einem Menschen und einer Person, und

55) *L. 1. §. 8. D. ad SCtum Tertull.* Man sehe über diese Stelle DOMPIERRE Specim. de Restitutionibus in integrum. Tit. 5. §. 2. pag. 336.

56) S. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 3.

57) *Princip. I. de iure personar.*

58) Ueber die eigentlichen Begriffe von status und ius personarum verdienen auch nachgesehen zu werden des Hrn. Prof. WOLTAER Commentarii iuris iustinianei novissimi, Tom. I. §. 75. sqq.

59) S. Hufelands Institutionen des gesammten positiven Rechts. §. 73. und Hugo's Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts (Berlin 1799.) §. 9.

und nennt nur eigentlich denjenigen eine Person, der einen solchen bürgerlichen Zustand besitzt, von welchem im vorigen Paragraph gehandelt worden ist. Der bürgerliche Zustand selbst aber wird *caput* genennt. Daher gab es bey den Römern Menschen, die keine Personen waren, sondern zu den Sachen gezählt wurden. Dahin gehörten die römischen Sklaven. Von diesen sagte man, sie hätten *nullum caput*[60]), und hielt sie gleichsam für bürgerlich tod[61]). Denn sie hatten gar keine bürgerlichen Rechte im Staate[62]). Heut zu Tage nehmen wir jedoch nicht mehr an, daß es Menschen gebe, die keine Personen sind, sondern wir nehmen das Wort Person theils für einen Menschen, in Ansehung eines gewissen Zustandes betrachtet, vermöge welchen er gewisse Rechte und Verbindlichkeiten in der bürger-

60) §. 4. *I. de capit. deminut.* Daraus zogen die Röm. Juristen die Folge, eine poena capitis finde bey Sklaven nicht Statt, wie aus *L.* 12. §. 4. *D. de accusat. Marc. Ant.* MURETUS Observat. iur. lib. sing. Cap. 2. (in *Thes Iur. Rom. Otton.* T. IV. pag. 143.) und *Io. Guil.* MARCKART in Probabil. receptar. lection. P. II. p. 17. bemerkt haben. Denn POENA CAPITALIS hieß im Sinn des römischen Criminalrechts nicht allein Todesstrafe, sondern auch jede Strafe, die den Verlust des bürgerlichen Zustandes zur Folge hatte. *L.* 14. §. 3. *D. de bon. libertor. L.* 2. *pr. L.* 28. *pr. D. de poenis.* §. 2. *I. de publicis iudic.* Man sehe übrigens Gundlings Gedanken über die Worte: *Servus non habet caput*, in Desselben von Stollen herausgegebenen Sammlung kleiner teutsch. Schriften (Halle 1737.) N. XXIV. S. 465—482.

61) *L.* 209. *D. de R. I.* Servitutem mortalitati fere comparamus.

62) *L.* 32. *D. eod.* Quod attinet ad ius civile, *servi pro nullis habentur.* Man sehe auch *L.* 3. §. 1. *D. de cap. minut.*

gerlichen Gesellschaft hat[63]; theils für einen solchen Zustand selbst, von welchen gewisse Rechte und Verbindlichkeiten in der bürgerlichen Gesellschaft abhangen. In dieser Bedeutung sagt man z. B., ein Mensch stelle mehrere Personen vor, wovon ich hernach reden werde. Die Personen werden nun nach ihren mancherley Verhältnissen in der bürgerlichen Gesellschaft verschiedentlich eingetheilt. Sie sind

I) entweder physische, oder moralische Personen. Nämlich alle mögliche Verhältnisse der Menschen gegen einander können nur von zweyerley Art seyn; einfach oder zusammengesetzt: je nachdem entweder hier mehrere Menschen mit ihrer Thätigkeit sich vereinigen, um ein Gemeinbestes zu befördern, oder dort jeder derselben sein individuelles Beste mit ungetheilter Thätigkeit für sich besorgt. Ein jeder einzelne Mensch nun, sofern er, ausser dem Socialverhältnisse, für sich betrachtet wird, ist eine physische Person. Haben sich hingegen mehrere Menschen zur Erreichung eines gemeinnützigen Zweckes, mit Genehmigung des Staats, dergestalt vereiniget, daß sie im rechtlichen Verstande gleichsam nur wie eine Person angesehen werden, so nennt man eine solche Gesellschaft eine moralische Person[64].

II) Betrachtet man die Menschen als Mitglieder eines Staats, so sind sie entweder öffentliche oder Privatpersonen. Oeffentliche Personen heißen alle, sowohl physische als moralische Personen, welche an der Regierung des

63) Allgemeines Gesetzbuch für die Preuß. Staaten I. Th. 1. Tit. §. 1.

64) Maiers Einleitung in das Privatfürstenrecht überhaupt (Tübingen 1783.) Kap. 2. §. 24.

des Staats Antheil nehmen, und deswegen besondere Rechte und Pflichten haben. Eine solche öffentliche Person hat der Regent im Staate, wie jeder Staatsbeamte, nur mit dem Unterschiede, daß der Regent, als Repräsentant des Staats, seine Rechte iure proprio besitzt, und darin freylich keine solche Einschränkungen leidet, die sich andere Staatsbeamte gefallen lassen müssen, als welchen nur ein ius administratorium zustehet. Ausser dem Verhältnisse der Staatsverwaltung betrachtet, hat hingegen jeder Bürger, selbst der Regent, nur eine Privatperson, wornach er Freyheit und Eigenthum hat, und damit seyn eigenes Individual-Interesse und Bestes zu befördern berechtiget ist [65]. Ich bemerke endlich noch,

III. daß ein Mensch oft mehrere Personen in sich vereinigen kann. In einem solchen Falle hat man stets darauf zu sehen, in welcher Person ein solcher Mensch handelt. Denn nur die Rechte kommen in Betrachtung, die ihm nach derjenigen Person zustehen, in Ansehung deren er eine Handlung unternommen hat. Ein solcher Mensch, der mehrere Personen vorstellt, braucht daher nicht schlechterdings in der einen Qualität alles gegen sich gelten zu lassen, was er in der andern Qualität gethan hat. Z. B. was ich als Vormund gethan habe, präjudicirt mir nicht in Ansehung meiner eigenen Rechte [66]. Man kann auch solche rechtliche Geschäfte, zu deren Verrichtung sonst zwey verschiedene Personen erfordert werden, der Regel nach selbst verrichten, wenn man beyde Personen vorstellt. So z. B.

65) Maier in der angef. Einleitung in das Privat-Fürstenrecht Kap. 4.

66) §. 4. *Instit. de inoff. testamento.*

z. B. konnte bey den Römern ein filiusfamilias, wenn er Consul, oder Präses der Provinz war, in dieser Qualität die ihn selbst betreffende Emancipation oder Adoption auf Verlangen seines Vaters bestätigen [67]. Eben so kann h. z. T. ein Richter, der zugleich Actuar ist, diejenigen Geschäfte selbst verrichten, wozu sonst ein verpflichteter Protokollist erfordert wird. Am besten hat diese Materie der unten angeführte Hert [68]) auseinander gesetzt.

§. 114.

Eintheilung der Menschen nach ihrem natürlichen Zustande. I) In Rücksicht auf die Geburt. Rechte der Ungebohrnen.

Die Menschen können nun nach der Verschiedenheit ihres physischen Zustandes auf mancherley Art eingetheilt werden. I. In Absicht auf den Zustand der Geburt sind sie entweder gebohrne oder noch Ungebohrne. Letztere werden nicht nur diejenigen genennt, die schon gezeugt, aber noch im Mutterleibe befindlich sind, (Embryonen) sondern es werden auch diejenigen darunter verstanden, welche jetzt noch nicht einmal erzeugt, sondern nur noch künftig zu hoffen sind [69]). Auf diese muß man, z. B. wenn man in rechtmässiger Ehe lebt, und ein Testament macht, eben so gut Rücksicht nehmen, als wenn sie schon gebohren wären, weil sonst nachgebohrne Kinder das

67) *L.* 3. *D. de adopt. et emancipat.*

68) *Io. Nicol.* HERTII Diss. de uno homine plures sustinente personas. Gissae 1699. in Opuscul. Vol. I. Tom. III. p. 41—64.

69) *Io. Alb* SPIES Exercit. de iure hominum nasciturorum, moder. *Christ. Gottl.* SCHWARTZ hab. *Altorfi* 1725. §. 6.

das våterliche Testament rumpiren [70]). Zwar hielten die åltern Rőmer das noch ungebohrne Kind noch für keinen Menschen. Selbst die schon empfangene Leibesfrucht, der Embryo, wurde nach den Grundsåtzen der Stoiker nur als ein Theil des můtterlichen Eingeweides angesehen [71]) Man hielt daher auch die Abtreibung der Leibesfrucht für keinen Todschlag, sondern man bestrafte sie nur als eine Beleidigung des Vaters [72]). Indessen war man doch dafür besorgt,

70) *L. 1. C. de postum. hered. instit. vel exhered. L. 4. Cod. de lib. praeterit. Frid. Lud.* BOERING Diss de iuribus, quae nascituris et postumis intuitu successionis competunt. *Erf.* 1769. et *Io. Hartmuth* RAYS Diss. de curis ICtorum circa successiones nasciturorum. *Giessae* 1737.

71) *L. 1. §. 1. D. de ventre inspic. L. 1. §. 8. D. Unde cognat.* Die Stoiker lehrten, der Mensch bekomme die der Vernunft fähige Seele erst mit seiner Geburt. Da werde sie ihm von der anima mundi, gleichsam wie ein Wind, eingehaucht. Tidmann System der stoischen Philosophie 3. Bd. S. 148. WALCH ad ECKHARDI Hermenevt. iur. Lib. I. cap. IV. §. 137. pag. 228. sqq. In Gemäßheit dieser Grundsätze sagt daher Papinian *L. 9. §. 1. D. ad Leg. Falcid.* partum nondum editum non recte dici hominem. Eben so Ulpian *L. 1. §. 8. D. Unde cognati.* Man sehe noch *Alph. a* CARRANZA Tr. de partu naturali et legitimo (*Genevae* 172?.) Cap. 2. *S. H. de* Idsinga Varior. iur. civ. Cap. 14. *Em.* MERILLIUS Lib. I. Observat. cap. 16. *Ev.* OTTO vita Papiniani Cap. 9. p. 220. und *Frid. Guil.* BOERS de Anthropologia IC. Rom. stoica. *Lugd. Bat.* 1778. 8.

72) MARCIAN. *L. 4. D. de extraord. crim.* eam, quae data opera abegit, a Praeside in temporale exilium dandam: *indignum enim videri potest, impune eam maritum liberis fraudasse* Man sehe hier nach *Io. Franc.* RAMOS Errores Triboniani de poena parricidii. (Lugd. Bat. 1752. 4) pag. 241. sqq. *Corn. van*

sorgt, daß diese spes animantis, wie sich der römische Jurist **Marcellus** [73]) ausdruckt, nicht zerstöret werden möge, weil doch wenigstens in Zukunft noch ein Mensch daraus werden [74]) und durch desselben Geburt der Staat einen Zuwachs erhalten kann [75]). Daher verbieten schon die Gesetze der Pandecten, eine schwangere Person zu beerdigen, wenn sie nicht zuvor geöfnet, und die Frucht von ihr genommen worden ist [76]). Es soll auch nach einer Verordnung des K. **Hadrian** eine Verbrecherin, welche schwanger ist, nicht eher, als nach ihrer Niederkunst, hingerichtet werden [77]). Sie darf auch während ihrer Schwangerschaft so wenig gefoltert, als mit der Tortur bedrohet werden [78]).

Ja

van BYNCKERSHOECK curas secundas pag 87. *Ger.* OELRICHS Ael. Marcianum. Lib. I. c. 7. p. 42. und *Fr. de* AMAYA Observat. iuris lib. III. Cap. I. §. 2.

73) *L. 2. D. de mortuo infer.*

74) Noch Justinian sagt *L. 14. C. de fideic. libert.* partus, dum in ventre portatur, homo fieri speratur.

75) *L. 1. §. 15. D. de ventre in possession. mittendo:* partus non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam r e i p u b l i c a e nascitur.

76) *L. 2. D. de mortuo infer.* Vortreflich erläutern dieses Gesetz *Zach.* HUBER in der Diss. de lege regia, quam recitat Marcellus cap. secundo Pandectar. de mortuo inferendo: in EIUS Dissertat. iuridic. et philolog. Part. I. Diss. IX. pag. 235 — 262. und Hr. Geh. J. R. WALCH ad *Eckhardi* Hermenevt. iuris a. a. O. p. 232. sqq.

77) *L. 18. D. h. t. L. 3. D. de Poenis.* QUINTILIAN. *Declamat.* 277. Man sehe hierbey nach *Aegid.* MENAGIUS in iuris civ. amoenitatibus cap. 21.

78) PAULUS lib. I. *Sententiar. Receptar.* Tit. XII. §. 5. *L. 3. D. de poenis.* CARRANZA Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. II. §. 4. n. 26. et 27.

Ja man pflegt heutiges Tages, nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten, zur Verhütung eines Aborts und anderer Unfälle, einer schwangern Person nicht einmal ein peinliches Urtheil zu eröfnen [79]); oder sie zur Leistung eines Eides anzustrengen [80]), obgleich dies freylich nach den Gesetzen nicht ausser Zweifel ist [81]), und daher billiger dem richterlichen Ermessen überlassen werden müßte, nach den Umständen und nach dem Zustande der Schwangern zu beurtheilen, ob ein Aufschub bis zur Entbindung derselben zu gestatten sey [82]).

Ueberhaupt sorgen die Gesetze für ein noch ungebohrnes Kind eben so wohl, als ob es schon gebohren wäre, nämlich, wenn es darauf ankommt, was zu desselben rechtlichem Vortheil gereicht [83]). Denn so können solche unge-

 bohrne

79) HOMMEL in Dissertat. de cauta publicatione sententiae crimin. §. 17. und KOCH Institut. iuris crim. §. 908. not. 2.

80) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Spec. XIV. med. 1. et Vol. XII. Suppl. Specim. XIV. med. 7. HARTLEBEN Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XVIII. med. 1. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band §. 287. S. 3.

81) Man sehe hier vorzüglich CARRANZA cit. Tract. de partu naturali et legitimo. Cap. II. §. 4. nr. 32. sqq.

82) MEVIUS Tom. I. P. V. Decis. 80. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. S. 207.

83) *L.* 7. et 26. *D. h. t. L.* 231. *D. de Verb. Signif. L.* 30. §. 1. *D. de acq. vel omitt. hered. Christ.* WILDVOGEL Diss. de iure Embryonum. Ienae 1693. *Casp.* VERDYN Diss. de iure eorum, qui in utero sunt. PAGENSTECHER Visiones de ventre. Brem. 1714. *Arn. Flor. Theod.* MALLINKROT Disp. de statu nondum natorum, indeque dependentibus iuribus et obligationibus.

bohrne Kinder zu Erben eingesetzt [84]), ja von dem Vater müssen postumi sui bedacht werden, wenn das Testament nicht rumpirt werden soll [85]). Sie succediren ferner ab intestato, so gut als schon gebohren. Ja wenn eine schwangere Wittwe mit schon gebohrnen Kindern bey der Erbtheilung concurrirt, so müssen für den venter drey Portionen ausgesetzt werden, weil die Gesetze den möglichen Fall annehmen, daß drey Kinder gebohren werden können [86]). Auch kann der Vater seinem noch ungebohrnen Kinde einen Vormund im Testament ernennen [87]); nicht minder demselben auf den Fall, da es nach seinem Tode lebendig zur Welt gebohren würde, und unmündig verstürbe, einen Folgeerben setzen [88]). Besonders wichtig war jedoch die Folge, daß ein in der Sklaverey gebohrnes Kind für ein freygebohrnes gehalten wurde, wenn dessen Mutter nur zur Zeit der Empfängniß, oder während ihrer Schwangerschaft, frey gewesen war [89]). Embryonen werden aber doch

bus. Gieſſae 1759. und Gottfr. Heinr. Mauchart über die Rechte des Menschen vor seiner Geburt. Frankf. und Leipzig 1782. 8.

84) *Pr. I. de bonor. possess. §. 28. I. de legat.*

85) *§. 1. I. de exheredat. liberor. L. 1. C. de postumis heredib. instit. vel exhered.*

86) *L. 3. D. Si pars heredit. petatur.*

87) *§. 4. I. de tutelis.*

88) *§. 4. I. de pupillari substitut.*

89) *L. 5. §. 2. D. h. t.* Der Grund, den Marcian daselbst anführt: quia non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est, würde von keinem sonderlichen Gewicht seyn, wenn man nicht voraussetzte, daß in diesem Falle das noch ungebohrne

doch nur in sofern den schon gebohrnen Kindern gleichgehalten, als es auf deren eigene Vortheile ankommt [90]). Ein Dritter kann daher durch ein noch ungebohrnes Kind vor desselben lebendiger Geburt kein Recht erwerben [91]). Es kommt auch das Kind im Mutterleibe in einem solchem Falle nicht in Rechnung, da nach den Gesetzen, um von einer gewissen Bürde befreyet zu seyn, eine bestimmte Anzahl von Kindern erfordert wird, wie z. B. bey Ablehnung einer angetragenen Vormundschaft [92]).

Soll nun aber der Embryo die ihm bis zu seiner Geburt vorbehaltenen Rechte wirklich erwerben, so muß

I) die Geburt des Kindes mit dem Zeitpunct übereinstimmen, da ihm das Recht anfiel, es muß folglich damals schon empfangen gewesen seyn [93]). Dies wird nach der

Zeit

bohrne Kind für schon gebohren gehalten werde, wie auch *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 1. bemerkt hat. Man sehe auch CARRANZA cit. Tr. cap. II. §. 4. nr. 19.

90) Billig hat jedoch Hr. Hofr. HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. II. Fasc. I. Spec. XVI. med. 3. p. 9. die Regel: quod nasciturus, quandocunque de eius favore agitur, pro nato habendus sit, noch durch den Beysatz eingeschränkt: *nisi qualitas, quod sit embryo, tollat requisita ad iura et obligationes necessaria.* Sic, licet favorabile sit, beneficio ecclesiastico potiri, certum tamen est ex iure canonico, quod embryoni beneficium ecclesiasticum conferri haud possit.

91) *L. 7. D. h t.* in verb. — quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.

92) *L. 2. §. 6. D de Excusat.*

93) *L. 1. § 8. D. de suis et legitim. hered.* Dicendum erit, suos posse succedere, *si modo mortis testatoris tempore concepti fuerint.* §. 8. *I. de hereditatib. quae ab int. def.* Nepos,

Zeit beurtheilt, in welcher nach der von den Gesetzen angenommenen Bestimmung ein vollkommenes Kind zur Welt geboren werden kann, wovon im folgenden Paragraph ein mehreres.

II) Der Embryo muß als eine vollkommene und lebendige Geburt zur Welt kommen [94]). Was aber hierzu erfordert werde, wird ebenfalls der folgende Paragraph lehren; und endlich

III) muß auch der Partus eine menschliche Gestalt haben. Denn eine Mißgeburt (monstrum, prodigium) hat keine bürgerlichen Rechte [95]). Mißgeburten nennen zwar unsere heutigen Aerzte überhaupt alle von Menschen zwar erzeugte und gebohrne, aber von der gewöhnlichen menschlichen Bildung sehr abweichende Geschöpfe, ohne zwischen monstris und portentis weiter zu unterscheiden [96]). Allein da selbst nach ihrer Meinung eine solche Mißgeburt immer

pos, licet post mortem avi natus sit, *tamen avo vivo conceptus*, mortuo patre eius, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento: suus heres avo non existet; quia nullo iure cognationis patrem sui patris attigit. Add. *L. 6. D. de suis et legit. hered. L. 6. pr. D. de iniusto rupto et irr. test.*

94) *L. 2. et 3. C. de postum. hered. instit.*

95) *L. 14. D. h. t.* Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit.

96) Man sehe Metzgers kurzgefaßtes System der gerichtlichen Arzneywissenschaft (Königsberg u. Leipzig 1793. 8.) §. 255. und Prochaska Lehrsätze aus der Physiologie des Menschen (Wien 1797. 8.) I. Band §. 914. ff.

immer noch als Mensch paßirt, wenn dessen Bildung, besonders was den Kopf betrift, eine menschliche ihm beywohnende Seele vermuthen läßt; so sind hier unter Mißgeburten im rechtlichen Sinn, d. i. insofern wir denselben die Rechte der Menschen absprechen, nur eigentliche *monstra*, d. i. solche Wesen zu verstehen, die von einem Weibe zwar gebohren worden, aber keinen menschlichen Kopf, sondern den eines unvernünftigen Thieres haben, und daher der Humanität nicht fähig sind [97]). Solche Mißgeburten werden nun also in unsern Gesetzen für keine Menschen gehalten [98]).

97) *L.* 135. *D. de verbor. significat.* *L.* 14. *D. h. t.* Man vergleiche über diese Stellen CARRANZA Tr. de partu naturali et legitimo Cap. 17. MERILLIUS Observation. Lib. I. cap. 33. und *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 1. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 27. sqq.) Zwar will Prochaska in den Lehrsätzen aus der Physiologie des Menschen §. 928. behaupten, daß die Bildung der Mißgeburten nie aus der Menschengattung ganz ausarte, und die menschlichen Mißgeburten mit Schweinsköpfen und andern Gliedern unvernünftiger Thiere, von welchen man hie und da Nachrichten und Zeichnungen hat, fabelhaft wären. Allein daß sich dergleichen, wenn gleich freylich sehr seltene Verirrungen der Natur nicht schlechthin bezweifeln lassen, beweisen die Beyspiele von Mißgeburten in des Hrn. von Dreyhaupt Beschreibung des zum Herzogthum Magdeburg gehörigen Saal-Creyses 1. Th. S. 645. f. Man vergleiche auch Wilh. Gottfr. Ploucquets Abhandlung über die gewaltsamen Todesarten (Tübingen 1788. 8.) 2ter Abschn. 1stes Kap. §. 53. und 54. S. 258. ff.

98) *L.* 14. *D. de statu hom.* *Im.* WEBER Diss. de iure monstrorum Giessae 1712. *Ier. Eberh.* LINCK Diss. an monstra ex hominibus nata sint homines? Argentor. 1732. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6.

Denn die alten Philosophen und Physiologen nahmen an, daß die der Vernunft fähige Seele nur in einem menschlichen Kopfe ihren Sitz habe, und also mit einem solchen Körper nicht verbunden seyn könne, welcher keinen menschlichen Kopf hat. Da also solche monströse Geburten nach den Gesetzen keine menschlichen Rechte erwerben können, so müssen folglich auch diejenigen wegfallen, welche den noch ungebohrnen Kindern auf den Fall ihrer Geburt vorbehalten worden sind, und können also durch sie auf andere nicht weiter transmittiret werden [99]). So ist die Vorschrift unserer Gesetze. Allein verschiedene unserer Rechtsgelehrten wollen an der heutigen Anwendung derselben zweifeln [100]). Sie haben sich durch die Meinung einiger neuern Aerzte [1]) verleiten lassen zu glauben, daß auch in einem Monstrum eine vernünftige Seele wohnen könne. Denn was aus menschlichen Saamen gebohren worden, das sey Mensch. Die Vorschriften Justinians könnten uns auch in physischen Dingen nicht verbinden, sobald wir durch die Aerzte belehret würden, daß sie auf falschen Grundsätzen beruhen [2]). Sogar unter den römischen Juristen habe es schon einige gege-

99) Solche Mißgeburten erklären auch die Gesetze für unvermögend, ein Testament zu brechen, worin die posthumi nicht eingesetzt worden sind. *L. 3. C. de posthumis heredib. instit. vel exheredand.*

100) HOMMEL in Rhapsod. quaestion. forens. Vol. VI. Obs. 905. p. 588. HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Spec. XVI. med. 2.

1) BOERNER in Institut. medicin. legalis §. 69. KANNEGIESER Institut. medicin. forens. Cap. I. §. 83. LUDWIG Institut. medic. for. §. 155. u. 406.

2) STRYCK in Usu Mod. Pandect. h. t. §. 14.

gegeben, die eben so gedacht hätten, und deren Meinung auch ins römische Gesetzbuch aufgenommen worden sey [3]). — Ich kann mich jedoch von dieser Meinung nicht überzeugen. Denn ohne Zweifel haben die Gesetze Mißgeburten darum von den Rechten der Menschen ausgeschlossen, weil ihnen der Charakter der Menschheit fehlt [4]). Da nun der Mensch von andern Thieren sich vorzüglich darin unterscheidet, daß er der Vernunft in einem hohen Grade fähig ist; diese Fähigkeit aber eine gewisse feine Organisation des Gehirns voraussetzt, so hat man daraus den richtigen Schluß gemacht, daß mit eben dieser Organisation der Charakter der Menschheit so genau verbunden sey, daß er ohne sie nicht bestehen könne. Da aber diese Organisation auf keine andere Art als aus dem Bau des Schedels, in sofern er mit dem bey Menschen gewöhnlichen übereinstimmt, vermuthet werden kann, so muß man diesen Grundsätzen zu Folge annehmen, daß nur in einem nach menschlicher Gestalt gebildeten Kopf eine der Vernunft günstige Organisation des Hirns Statt finde, und im Gegentheil mit dem Hirnschedel eines unvernünftigen Thiers eine dem Denken ungünstige Organisation des Hirns verknüpft sey [5]). Sodann ist ja überhaupt die menschliche Gesichtsbildung ein so wesentliches Stück der Menschheit, daß ohne dieselbe eine Geburt ohnmöglich für eine menschliche gehalten werden kann, wenn man auch annehmen wollte, daß in

3) *L. 135. D. de Verbor. Signif.* wo Ulpian sagt: *partum monstrosum parentibus prodesse.*

4) S. Schotts unpartheyische Critik über die neuesten jurist. Schriften. 10. Band S. 723.

5) Ploucquets angef. Abhandl. über die gewaltsamen Todesarten. 2. Abschn. 1. Kap. §. 54.

in einem Monstrum eine vernünftige Seele wohnen könne, welches sich jedoch nicht erweisen läßt. Endlich ist auch die Stelle Ulpians [6]), worauf die Gegner sich beziehen, nichts weniger als ihrer Meinung günstig. Denn sie beziehet sich, wie die Ueberschrift derselben lehrt, auf das Julische und Papische Gesetz, nach welchem Belohnungen für fruchtbare, aber auch Strafen für unfruchtbare Ehen waren bestimmt worden. Zu den letztern gehörte z. B. daß Ehegatten, die in einer unfruchtbaren Ehe gelebt haben, mehr nicht als den zehenden Theil ihrer Güter von einander erben [7]), und von dem, was ihnen von Andern in einem letzten Willen war hinterlassen worden, nur die Hälfte bekommen sollten [8]). Diesen Strafen entgiengen, wie billig, solche Eltern, die zwar Kinder gezeugt, solche aber durch den Tod wieder verlohren hatten. Ein jedes sol-

ches

6) *L.* 135. *D. de Verb. Signif.* ULPIANUS *lib. IV. ad Legem. Iuliam et Papiam.* Quaerat aliquis, si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit, vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius magis animalis, quam hominis partum, an quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut haec quoque parentibus prosint, nec enim est, quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id, quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet. Ich darf hier die Verbesserung des *Nicol.* CATHARINI lib. III. Observation. et Coniecturar. cap. 15. (T. VI. *Thesauri iuris civ. et canon. Meermanniani* pag. 787.) nicht unbemerkt lassen, welcher statt der Worte, an quia enixa est, prodesse ei debeat, vielmehr folgendermaßen lesen will, *an quae enixa est, prodesse ei debeant.*

7) ULPIANUS *Fragm. Tit. XV.*

8) HEINECCIUS in Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 21. p. 344.

ches Kind verschafte den Ehegatten bey ihrer künftigen Erbfolge unter sich eine Zulage von einer decima, ja drey derselben machten die Ehegatten fähig, ut inter se solidum capere possent, wie Ulpian [9]) sagt. Billig war es nun, diese Vortheile auch solchen Ehegatten angedeihen zu lassen, welche zwar nach ihren Kräften möglichst sich bestrebt hatten, Kinder zu erzeugen, allein doch nur eine Mißgeburt zur Welt brachten. Denn was können sie für diesen Unglücksfall [10])? Wie läßt sich nun aber wohl hieraus

9) *Fragm. Tit. XVI.* §. 1. (in SCHULTING Iurisprud. vet. Antejustin. pag. 611.)

10) So erklären diese Stelle Ulpians auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. cap. 12. HEINECCIUS in Commentar. ad eand. Leg. lib. II. c. 14 pag. 2[illegible]4. *Ios.* FERNANDEZ DE RETES ad L. 1. et 2. Cod. de iure liberorum cap. I. (Tom. VI. *Thes. Meermanniani* pag. [illegible]9) *Franc.* RAMOS DEL MANZANO ad Leg. Iul. et Pap. lib. IV. Reliqu. 34. (Tom. V. *Thes. Meermann.* pag. 502.) *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de liberis et postumis P. I. Cap. I. §. 5. *Luc. van de* POLL in lib. sing. de exheredatione et praeteritione Rom. et hod. (Ultraj. 1712.) Cap. XXXIX. §. 13. p. 247. *Pet. de* GREVE in Exercitat. ad. Pandectar. loca difficisiora. Exercit. I. § XVI. p. 15. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digestor. h. t §. 3. (*Vol. IV. Commentat. Academ. Halae* editar. pag. 48) u. a. m. Auf solche Art fällt also nunmehr aller Widerspruch zwischen PAULUS in *L.* 14. *D. h. t.* und ULPIANUS in *L.* 135. *D. de Verb. Signif.* weg, und ich kann daher so wenig dem *Em.* MERILLIUS, welcher in Observation lib. I. cap. 33. eine Verschiedenheit der Meinungen unter jenen beyden römischen Juristen annimmt, Recht geben, als dem WISSENBACH de Emblematibus Triboniani pag. 339. beytreten, welcher die *L.* 14. für interpolirt hält. Man vergleiche *Ant.* SCHULTING in Not. ad Iul. Pauli libr. IV. Sentent. Receptar. Tit.

aus der Schluß machen, daß auch eine Mißgeburt für einen Menschen zu halten, und folglich nicht nur Rechte erwerben, sondern solche auch wieder auf andere transmittiren könne?

Von den Mißgeburten sind jedoch fehlerhafte Geburten wohl zu unterscheiden, welche man *portenta* oder *ostenta* [11]) nennt. Dahin werden diejenigen gerechnet, deren Kopf zwar menschlich, aber doch auf irgend eine Art mißgestaltet ist, z. B. wenn der Schedel schief, oder spitz ist, auch die eine häßliche Physionomie des Gesichts haben, verunstaltete Nase, Mund, Kinn u. s. w. Man rechnet hierher auch mißgestaltete Geburtstheile; desgleichen wenn die Geburt mehr oder weniger Glieder hat, als sonst gewöhnlich ist

Tit. IX. not. 12. (*Iurisprud. vet. Antejustin.* p. 415.) und Io. WYBO in Triboniano defenso ad L. 14. D. de Statu hom. Allein Hr. Geh. J. R. WALCH in Notis ad ECKHARDI *Hermenevtic. iuris* lib. I. cap. V. §. 199. p. 372. glaubt nicht einmal, daß es nöthig sey, zu den Ueberschriften jener beyden Stellen der Pandecten seine Zuflucht zu nehmen. Schon ihr Inhalt zeige deutlich, daß in beyden eine ganz verschiedene Frage entschieden werde. *Ubi paullo curatius,* sagt er, *perpendamus* ULPIANI *verba, solummodo quaestionem in medium profert, num matri quoque ita prosit monstrum, quod in lucem edidit, ut ex eo colligendum sit, illam statutis obtemperasse; et ideo non potuit, quin omnino haec adfirmetur quaestio;* PAULUS *autem verbis, quae L. 14. D. de statu hominum habentur, quaeve etiam lib. IV. Receptar. Sentent. Tit. IX. §. 3. exhibentur, ita sunt comparata, ut solum, qui sunt liberi, definiant, hocque a numero liberorum monstra excludant.* Man wird indessen, ohne die Ueberschrift zu Hülfe zu nehmen, über diese Stellen nie ein vollkommenes Licht verbreiten.

11) *L. 38. D. de Verb. Signif.*

ist [12]). Wo nun auf solche Art bey einer Geburt einzelne Theile von der gewöhnlichen Zahl, Figur, Größe, Verhältniß, Verbindung, abweichen, der Kopf übrigens menschlich ist, so kann derselben der Charakter der Menschheit nicht abgesprochen werden, welchen auch selbst thierische Glieder nicht umstürzen können [13]). Solche fehlerhafte Geburten erlangen daher nicht nur alle Rechte, welche Menschen zustehen, sondern bringen solche auch, wenn sie sterben, wieder auf andere.

§. 115.

Eintheilung der gebornen in lebendige und todtgebohrne. Vitalität, und davon abhängende Erbfähigkeit eines Kindes.

Die gebornen Menschen können in Rücksicht auf die Geburt wieder auf verschiedene Art eingetheilet werden; nämlich

I) können sie entweder lebendige oder todgeborne seyn. Erstere werden diejenigen genannt, welche, nach ihrer gänzlichen Absonderung von Mutterleibe, Zeichen des Lebens von sich gegeben haben. Dahingegen ein todgebohrnes Kind ein solches genennt wird, welches noch vor der völligen Absonderung von Mutterleibe, es sey nun während der Geburt, oder schon vorher, das Leben verlohren hat. Solche todte Geburten treten in keine bürger-

12) Genus ostentorum, quoties quid contra naturam nascitur, *tribus manibus forte* aut *pedibus:* sagt L. 38. cit.

13) *L.* 14. *D. h. t.* Verb. — Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus: *et ideo inter liberos connumerabitur.*

gerlichen Rechte, und können auch eigentlich nicht mit Recht Kinder genennt werden [14]). Soll nun aber ein Kind für ein lebendiggebornes gehalten werden können, so wird zweyerley dazu erfordert.

I) Das Kind muß völlig und ganz zur Welt gekommen seyn [15]). Ob übrigens die Geburt desselben auf die gewöhnliche natürliche Art geschehen, oder ob das Kind aus Mutterleibe geschnitten, oder mit der Zange von der Mutter geholet worden sey, ist den Rechten nach gleichviel. Denn auch solchen Kindern, die durch Operation des Kaiserschnitts zur Welt gekommen sind, (*Caesones*) legen unsere Gesetze die Rechte natürlich geborner Kinder ausdrücklich bey [16]). Sie rumpiren z. B. eben so,

14) *L.* 129. *D. de Verb. Signif.* Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati, videntur; *quia nunquam liberi appellari potuerunt.*

15) *L.* 3. *C. de postum. hered. instit. vel exhered.* — hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem TOTUS processit. *Totus* wird hier von einem solchen Kinde verstanden, qui iam totus exiit ex utero, in ipso antea non extinctus partu: wie es SICHARD. ad h. L. und *Luc. van de* POLL in lib. de exheredat. et praeterit. Cap. XXXVII. n. 10. richtig erklären. Hieraus ziehet daher LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. XXVII. die richtige Folge: *Si ergo in ipso partu infans moriatur, et non totus ad orbem vivus procedat, nec succedere potest, nec hereditatem ad heredes transmittere.*

16) *L.* 141. *D. de Verb. Signific.* Etiam ea mulier, cum moreretur, creditur filium habere, quae *exciso utero* edere possit. Diesem Ausspruch Ulpians ist Paulus nicht entgegen, wenn er in der *L.* 132. §. 1. *D. eodem* sagt: Falsum est, eam peperisse, cui mortuae filius exsectus est. Denn dieses beziehet

so, wie andere postumi, das väterliche Testament [17]). Sie können ferner die Querel aus einem pflichtwidrigen Testamente anstellen [18]); und werden zur mütterlichen Erbschaft gelassen [19]).

II) Wird

het sich wieder auf jene *Lex Iulia* et *Papia*, wie die Ueberschrift dieser Stelle lehrt. Wenn nämlich ein Latinus mit einer Latina ein Kind gezeugt, und dieses ein Jahr alt worden, so erlangten die Eltern das ius Quiritium, desgleichen erwarb vermöge eines der Legi Papiae beygefügten Senatusconsultums eine Freygelassene das ius Quiritium, wenn sie drey Kinder zur Welt geboren hatte. Wie wenn sie nun zwey bey ihrem Leben geboren, das dritte aber ihr nach ihrem Tode aus dem Leibe geschnitten worden, so entstand die Frage, ob sie als römische Bürgerin verstorben, und also einen Erben nach dem römischen Bürgerrecht hinterlassen habe? Paulus sagt, wenn man bey der strengen Bedeutung des Worts gebähren stehen bleibt, so läßt sich nicht behaupten, daß eine solche Mutter drey Kinder gebohren habe, der das Dritte erst nach ihrem Tode aus dem Leibe geschnitten worden ist. Allein der Billigkeit nach läßt sich doch nicht läugnen, daß sie drey Kinder gehabt habe. S. *Luc. van de* POLL cit. lib. cap. 39. §. 4. p. 243. *Ios.* FINESTRES Praelection. Cervariens. ad Tit. Pandect. de liberis et postumis P. I. Cap. I. §. 6 et 7. Jedoch will es *Thadeus* PISO *Soncius* variar. Resolut. lib. II. c. 6. n. 12. u. 13. auch von dem Fall verstehen, wenn einer Frauensperson etwas unter der Bedingung wäre vermacht worden: *si pepererit.* Man vergleiche noch vorzüglich CARRANZA Tr. de partu naturali et legitimo Cap. VI. Sect. I. pag. 417. sqq.

17) *L. 12. D. de liber. et postum.* Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe, etsi exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum.

18) *L. 6. pr. D. de inoff. testam.*

19) *L. 1. §. 5. D. ad SCtum Tertull. van de* POLL cit. libro cap. 39. §. 3.

II) Wird zu einer lebendigen Geburt erfordert, **daß das Kind, nachdem es völlig von der Mutter abgesondert ist, deutliche Lebenskennzeichen von sich gebe.** Nur ein Augenblick ist hier in Rücksicht auf die wirkliche Erwerbung der aufbewahrten Rechte entscheidend, wenn auch gleich das Kind in den Händen der Wehmutter, sobald es nur aus Mutterleibe heraus ist, sterben sollte [20]). Die Kennzeichen des Lebens bey neugebornen Kindern sind nun Stimme, Puls und gewisse Handlungen des Kindes, z. B. das Oefnen der Augen, und die freywillige Bewegung der Glieder [21]). Zwar wird von einigen Aerzten vorgegeben: daß das Bewegen der Glieder auch als Zuckung bey einem in der Geburt sterbenden, und gleich darauf ans Tageslicht tretenden Kinde Statt haben könne [22]); allein wenn gleich diese Meinung von Seiten der Billigkeit in sofern alle Empfehlung verdient, als sie nur dahin zielt, bey der Untersuchung eines angegebenen Kindermords die desselben verdächtige Mutter mit der Tortur zu verschonen, so verdient sie doch hier, wo blos von der Erbfähigkeit des Kindes die Rede ist, keinen Beyfall, indem in einem solchem Falle im Zweifel immer eher anzunehmen ist, daß die nach der Geburt gesehene Bewegungen des Kindes freywillig, als daß sie convulsivisch gewesen, mithin das Kind allerdings lebendig gebohren worden sey.

Uebri-

20) *L. 3. Cod. de postum. hered. instit. vel exhered.*

21) Campers Abhandlung von den Kennzeichen des Lebens und Todes bey neugebornen Kindern, Frankfurt und Leipzig 1777.

22) ESCHENBACH Medecin. legal. pag. 194. ROEDERER de Suffocatis.

Uebrigens darf hier nicht unbemerkt bleiben, daß über die eigentlichen Lebenskennzeichen unter den Secten der alten römischen Juristen ein Streit gewesen [23]). Die Proculianer nahmen an, daß ein Kind für todgebohren zu halten sey, wenn es nicht gleich nach der Geburt geschrien hätte. Die Sabinianer behaupteten hingegen, daß die Stimme und das Schreyen des Kindes kein nothwendiges Lebenskennzeichen sey, wenn andere Merkmale von dem Leben des Kindes vorhanden wären. Justinian [24]) entschied

23) *Gotfr.* MASCOVIUS de Sectis Sabinianorum et Proculianor. in iure civili. Cap. IX. §. 16. pag. 202. sq.

24) *L.* 3. *C. de postum. heredib. instit.* Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur, praeteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is posthumus ruptum facere testamentum posset? Et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque *Sabiniani* existimabant, si vivus natus esset, etsi vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque, quod et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam, et sancimus, *si vivus perfecte natus est, licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi: hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.* Es ist diese Verordnung eine von den sogenannten funfzig Decisionen des Kaisers Justinian. Die eigentliche Streitfrage, worüber die Sabinianer und Proculianer disputirten, war diese: ob ein nachgebohrnes Kind, das seine Stimme nicht hat hören lassen, dennoch das Testament des

 ver-

schied diesen Streit nach der Meinung der Sabinianer, und nach dieser Entscheidung wird auch heutiges Tages ein Kind für lebendig geboren gehalten, wenn es gleich keinen Laut, aber doch durch Bewegung des Körpers, der Augen, der Arme, der Füsse, oder auf eine andere Art Zeichen des Lebens von sich gegeben hat [25]).

Eine

verstorbenen Vaters über den Haufen werfe? Am besten erläutert diese Decision *Em.* MERILLIUS in Exposition. in L. decisiones Iustiniani. (*Neapoli* 1720. 4.) N. XXVIII. p. 79 sq. Wenn dieser jedoch die Worte: *postquam in terram cecidit*, von dem alten Gebrauch der Wehmütter, die neugebohrnen Kinder auf die Erde zu legen, erklären will, so scheint mir die Erklärung des RAGUELLUS doch natürlicher zu seyn, welcher die angeführten Worte von einer solchen Geburt verstehet, qui in terram prolabitur non exceptus ab obstetrice. Man vergleiche auch *Luc. van de* POLL de exhered. et praeteritione c. XXXVII. §. 14. pag. 233.

25) Nach den teutschen Rechten des Mittelalters war es zwar durchaus nöthig, daß man des Kindes Stimme gehört, oder, wie es in den Rechtsbüchern des Mittelalters heißt, daß es die vier Wände des Hauses beschrien habe. Man sehe den Sachsenspiegel B. I. Art. 33. und Lehnrecht Kap. 21. Schwabenspiegel Kap. 92. Alemannisches Lehnrecht Kap. 14. Allein seit der Einführung des Röm. Rechts wird auch jedes andere Lebenskennzeichen für hinnreichend gehalten, wofern nicht die besondern Landes- und Stadtgesetze jenes altteutsche Recht beybehalten haben. S. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 288. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3 Band §. 388. Das Preuß. Landrecht I. Th. I. Tit. §. 13. erfordert, daß unverdächtige Zeugen, welche bey der Geburt gegenwärtig gewesen, die Stimme des Kindes deutlich müssen vernommen haben.

III) Eine lebendige Geburt, welcher die Rechte eines Kindes zu Theil werden sollen, muß jedoch nicht allein Lebenszeichen von sich geben, sondern auch lebensfähig (*vitalis*) seyn. Diese Vitalität bestehet nun darin, wenn das neugebohrne Kind hinlängliche Vollkommenheit der zum Leben nöthigen Organe besitzt, um ausserhalb dem Uterus fortleben zu können [26]). Hat hingegen der Fötus denjenigen Grad der Ausbildung und Vervollkommnung noch nicht erreicht, der zur Fortsetzung des Lebens erfordert wird, so wird eine solche Geburt eine unzeitige, ein Abortus, genennt [27]), und diese ist nicht erbfähig [28]). Die Hauptfrage ist nun, wie lange ein Kind im Mutterleibe getragen werden müsse, um jenen Grad der Vollkommenheit zu erreichen, der zur Lebensfähigkeit erfordert wird [29])? Die Gesetze bestimmen dazu ein halbes Jahr, oder

26) S. TEICHMEYER Institut. medic. legal. pag. 57. §. 6. *Ge. Christoph.* BAUMGAERTNER Diss. de differentiis partus vivi et vitalis Altorf. 1747. FASELII elem. medecin. for. §. 30. und Metzgers kurzgefaßtes System der gerichtl. Arzneywissenschaft. §. 274.

27) Metzger §. 363. f.

28) *L. 2. C. de posthum. hered. institut.* — Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, iuris evidentissimi est. PAULUS *Sentent. Receptar.* lib. IV. Tit. IX. §. 6. Abortus vel abactus venter partum efficere non videtur. (in SCHULTING Iurispr. Antejustin. p. 417.) Eine für den Juristen wichtige Schrift ist D. W. G. Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. Tübingen 1779. 8.

29) S. *Alphons. a* CARRANZA de partu naturali et legitimo. Cap. 9 et 10. und *Car. Annib.* FABROTTI Exercit I. de tempore partus humani, (in *Thes. iur. rom. Ottonis.* T. III.)

hundert und zwey und achtzig Tage [30]), und erklären nach der Meinung des Hippocrates ein Kind für lebensfähig, welches zu Anfang des siebenten Monats ist gebohren worden [31]). Bey dieser gesetzlichen Bestimmung muß es nun auch heutiges Tages um so mehr das Bewenden haben, da sie selbst durch die Erfahrung bestättigt ist. Denn Beyspiele von solchen Kindern, die im siebenten Monat gebohren worden, und wirklich aufgewachsen sind, haben Schenk [32]) und Schurig [33]) gesammlet. Hieraus folgt, daß eine Geburt, die jenes Hippocratische Ziel im Mutterleibe nicht erreicht hat, und im sechsten, fünften, oder vierten Monat zur Welt gekommen ist, für einen Abortus zu halten sey. Hierin stimmen auch die Zeugnisse der berühmtesten sowohl ältern [34]), als neuern Schriftsteller [35]), über-

30) *L.* 3. *§.* 12. *D. de suis et legitim. heredib.* De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, HIPPOCRATES scripsit, iusto tempore videri natum.

31) *L.* 12. *D. de statu hominum:* Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri HIPPOCRATIS.

32) Observat. Med. Lib. IV. Obs. 154.

33) Embryologia p. 292.

34) PLINIUS Histor. Nat. lib. VII. c. 5. *Ante septimum mensem haud unquam vitalis est.* Eben so ARISTOTELES Histor. animal. Lib. VII. cap. 4. und nach dem Zeugniß des Plutarchs lib. V. de placitis Philosophor. cap. 18. auch POLYBUS lib. *de septimestri partu,* in princ.

35) *van* SWIETEN Commentar. in Aphor. BOERHAVII ad §. 1396. *Ante septimum mensem expulsus foetus raro vel nunquam superstes manet, hinc tales sub* ABORTUS *nomine comprehendere solent Medici. Cum vero plurima exempla habeantur foetuum septi-*

überein. Besonders merkwürdig ist, was Zacchias [36]) sagt, welcher behauptet, daß wenn ein Kind im sechsten

septimestrium, qui diu non tantum supervixerunt, sed et ad bonam senectutem pervenerunt, hinc tales partus non amplius vocantur abortus, sed simpliciter tantum praematuri. Desgleichen SAUVAGES Nosolog. Method. T. III. p. 11. ABORTUS *est foetus nondum vitalis ex utero exclusio. Immaturus seu nondum vitalis est foetus, qui septimum saltem vitae suae a conceptione mensem non attigit, aut si attigerit, debilior est, quam ut eo tempore exclusus extra uterum vivere queat.* LUDWIG Institut. Medicin. For. §. 222. ABORTUM *strictiore vocis significatione appellamus eum, qui ante initia septimi mensis nascitur.* Eben so TEICHMEYER Institut. medicinae legalis p. 55. ESCHENBACH Medic. legal. §. 20. Die neuern Aerzte sind indessen über den Termin der Lebensfähigkeit nicht einig. Metzger in dem kurzgefaßten System der gerichtlichen Arzneywissenschaft §. 274. behauptet, daß die Lebensfähigkeit nur erst nach einem vollständig siebenmonatlichen Aufenthalt des Fötus im Mutterleibe Statt finde; und Danz in dem Grundriß der Zergliederungskunde des ungebohrnen Kindes in den verschiedenen Zeiten der Schwangerschaft 1. Bändchen (Frankfurt u. Leipzig 1792) 2. Abschn. 1. Kap. §. 43. S. 150. sagt, ein siebenmonatliches Kind könne ausser wenigen Stunden gar nicht ausser der Gebährmutter leben, weil die Fasern eines solchen Kindes weder die athmosphärische Luft noch die Nahrung vertragen könnten.

36) Quaestion. Medico-legal. Lib. I. Tit. II. Quaest. X. n. 19. *Qui ante septimum nascuntur mensem, vel nascuntur mortui, quia abortivi sunt, neque donationem neque testamentum rumpere debent, quia habendi sunt, ac si nunquam nati essent. Nec obstaret, quod quis in sexto mense nasceretur, et per aliquot horas, aut etiam dies viveret, ut fieri posse non est ita impossibile, quin aliquando non contingat, — nam quia hic partus*

Monat gebohren würde, und sogar einige Tage lebte, solches dennoch für einen Abortus gehalten, und von den Rechten eines Kindes ausgeschlossen werden müsse. Der Grund hiervon ist, weil die Erfahrung aller Zeiten gelehrt hat, daß ein vor dem siebenten Monat gebohrner Fötus niemals fortlebe, und einiges Alter erreiche, und also einem Todgebohrnen gleichgehalten werden müsse. Man hüte sich indessen, ein unreifes Kind mit einem Abortus zu verwechseln, oder ein vollkommen reifes Kind mit einem solchen, das lebensfähig ist, für eins zu halten. Denn unreif ist jedes Kind, das vor der gewöhnlichen Geburtszeit zur Welt kommt [37]). Da nun diese nach der durch unzählige Erfahrungen bestätigten Beobachtung der Physiologen erst im neunten Monat oder gegen das Ende der vierzigsten Woche, von der Empfängniß angerechnet, eintritt [38]); so kann freylich ein siebenmonatliches Kind für kein so vollkommen reifes Kind, als ein neunmonatliches gehalten werden, vielmehr wird ersteres noch die Zeichen der Unvollkommenheit an sich tragen [39]). Es schadet indessen, wie bereits

tus habet cum vita talem repugnantiam, ut vivere nullo modo possit, nisi ex miraculo, idcirco abortivus dici debet, neque testamentum neque donationem rumpet.

37) Von den Kennzeichen eines reifen und unreifen Kindes handelt Ploucquet in der angeführten Schrift §. 33—37.

38) ROEDERER de temporum in graviditate et partu aestimatione §. VI. *de* HALLER Elem. physiol. Lib. XXIX. p. 421. Hildebrands Lehrbuch der Physiologie. (Erlangen 1796.) §. 604.

39) *Dan.* HOFFMANN Annotat. ad GOVEY de generatione foetus p. 104. *Si septimo vel octavo mense lucem salutet foetus, signa ac testimonia imperfectionis ac immaturitatis afferet.* Ploucquet. a. a. O. §. 35.

reits bemerkt worden ist, diese Unvollkommenheit der Erbfähigkeit des Kindes nichts [40]), wenn nur das Kind wenigstens denjenigen Grad der Ausbildung erreicht hat, daß es eines weitern Lebens fähig wäre [41]). Und dafür wird nach der von den Gesetzen angenommenen Meinung des Hippocrates ein sieben monatliches Kind gehalten [42]). Hat ein Kind dieses Alter im Mutterleibe erreicht, so kommt es nicht weiter darauf an, wie lang dasselbe nach der Geburt gelebt habe. Es wird daher, wenn es auch, wie

40) Denn nicht jede unreife Geburt ist ein Abortus. Die Aerzte unterscheiden vielmehr zwischen diesem und einem partus praematurus. So z. B. sagt ROEDERER Elem. Artis Obstetr. §. 716. *Qui inter septimi et noni mensis, a prima conceptione, finem contingit partus*, PRAEMATURUS *vocatur*; ABORTUS *vero, quanto ante dictum tempus embryo excidit.*

41) Dies ist die wahre Bedeutung des Ausdrucks partus perfectus in *L.* 12. *D. h. t.* Es ist also daselbst von keiner vollkommenen reifen Geburt die Rede. S. MARTIANUS in Comment. ad Hippocratis librum de natura pueri p. 31. sq. CARRANZA Tr. de partu naturali et legitimo. Cap. X. nr. 21. sqq. BAUMGAERTNER cit. Dissert. §. 24. und COCCEJI Iure civ. controv. Tit. de his, qui sui vel alien. iuris sunt. Qu. 3. n. II. p. 77.

42) *L.* 12. *D. h. t.* Et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, *iustum filium* esse. Zweyerley erfordert hier Paulus, wenn ein Kind pro *filio iusto*, d. i. für ein solches, welches die Rechte eines Kindes erwerben kann, gehalten werden soll. I) *Ut sit ex iustis nuptiis procreatus*; II) *ut sit perfectus*, d. i. vitalis, und dazu wird erfordert, daß es nicht vor dem siebenten Monat zur Welt gekommen sey.

Justinian[43]) sagt, in den Händen der Wehmutter, sobald es nur aus Mutterleibe heraus ist, sterben sollte, dennoch für erbschaftsfähig zu halten seyn, und die Erbschaft nach seinem Tode auch auf seine Erben transmittiren. Und damit stimmen auch nicht nur die alten teutschen Rechte[44]) überein, welche zur Erwerbung und Transmission der Erbschaft erfordern, daß das Kind die vier Wände des Hauses beschrien habe, weil solches lautes Schreyen des Kindes für ein vorzügliches Kennzeichen der Lebensfähigkeit desselben gehalten wurde; sondern es ist dies auch die Meinung der angesehensten heutigen Rechtsgelehrten[45]). Noch ist folgendes zu bemerken:

I) Wird darüber gestritten, ob ein Kind lebendig gebohren, und auch lebensfähig gewesen sey, so entscheidet das Gutachten der Kunstverständigen. Das Kind muß also besichtiget, und secirt, und der Obductionsbericht zu den Acten gebracht werden. Hier kommt es nun auf die Länge und

43) *L. 3. C. de postum. hered. instit.* COCCEJI ius civ. controv. Tit. hoc Qu. 5.

44) S. Sächsisches Landrecht *lib. I. Art.* 33. S. Lehnrecht Art 20. *Auctor Vetus de beneficiis.* Art. 44. Alemannisches Lehnrecht cap. 14. Ferner Erfurter, Goslarische, Lüneburgische und andere mehrere Statuten bestättigen dieses. Man vergleiche Hrn. GJR. Walchs Diss. de infante herede Ienae 1768.

45) *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. I. Tit. VI. Qu. 3. *Io. Frid.* EISENHART Institut. iuris germ. privati Lib. I. Tit. I. §. 2. OELTZE in Commentat. de partu vivo vitali et non vitali praecipue ratione transmissionis hereditatis. Ienae 1769. und HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. II. Fasc. I. Specim. XVI. medit. 1.

und Schwere des Kindes, auf die Beschaffenheit der Haare und Nägel, auf den Zustand und die Farbe der Haut, auf die Beschaffenheit der Nabelschnur, ferner der Knochen und insonderheit der Lunge an, ob nämlich diese Luft und viel Blut enthält, oder zusammen gefallen und klein ist, und bey der angestellten Lungenprobe im Wasser sinkt [46]). Im Zweifel muß das Zeugniß der Aerzte dem Zeugniß der Hebamme, die bey der Geburt des Kindes gegenwärtig gewesen, vorgezogen werden, wenn nämlich jenes mit guten Gründen unterstützt ist [47]). Läßt sich die Sache mit vollkommener Gewißheit nicht bestimmen, so vermuthet man in bürgerlichen Fällen eher für das Leben als für den Tod des Kindes, wenn nämlich die Geburt auf die gewöhnliche

F 5 Art,

46) S. Metzgers kurzgefaßtes System der gerichtlichen Arzneywissenschaft §. 277. u. 278. Peter Camper von den Kennzeichen des Lebens und Todes bey neugebohrnen Kindern. Von der in solchem Falle gewöhnlichen Lungenprobe ist besonders nachzusehen Plouquets Abhandlung über die gewaltsamen Todesarten. 2. Abschn. 1. Kap. §. 81. ff. S. 288. ff.

47) *Mich.* ALBERTI Commentat. in Constitut. crim. Carolin. p. 107. sqq. Es wurde hierüber in einem Erbschaftsfalle gestritten, wovon die Acten von der Fürstl. Solmsischen Regierung zu Lich an unsere Fakultät geschickt wurden. Die Hebamme sagte auf ihre geleistete Pflichten aus, sie habe das neugebohrne Kind auf ihrem Schooß gehabt, und Bewegungen am Körper und Munde desselben verspürt. Allein die Aerzte, welche die Obduction des Kindes verrichtet hatten, zeigten in ihren Gutachten aus unwiderleglichen Gründen, daß das Kind bey der Geburt nicht mehr gelebt haben könne, und überdem nicht einmal lebensfähig gewesen sey.

Art, und zu der Zeit geschehen ist, da das Kind für lebensfähig gehalten wird [48]).

II) Wenn ein Kind zwar noch vor dem siebenten Monat gebohren worden, es überlebt aber doch den Anfang desselben, so behauptet man aus Gründen der Billigkeit, daß ein solches Kind erbfähig sey [49]).

III) Wenn männliche Zwillinge gebohren werden, und man weiß nicht, welcher von beyden der Erstgebohrne sey; so hat man im Zweifel sonst dafür gehalten, daß der stärkere für den Erstgebohrnen gelten müsse [50]), weil das stärkere Kind sich zuerst den Weg zum Ausgang bahne. Allein da sich nach der Meinung der neuern Aerzte die mehrere oder mindere Stärke bey neugebohrnen Kindern nicht schätzen lässet, und also nur die Lage in der Mutter die Erstgeburt unter Zwillingen bestimmt [51]), so kann wohl in

48) *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeteritione Cap. 37. §. 2. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. Tit. §. XXVII. In peinlichen Fällen findet diese Vermuthung nicht Statt. S. Quistorp in den Grundsätzen des T. peinlichen Rechts 1. Th. §. 270.

49) TEICHMEYER Institut. Medicin. legal. p. 56. *In casu vero, quo quarto, quinto vel sexto mense partus nascitur, ille secundum rigorem tam diu immaturus abortivusque manet, donec* 180. *dierum terminum attigerit, quo ipso omnium statim iurium compos fit, quando vero ante illud temporis spatium spiritum reddit, nec successionis ius ei competit, nec testamentum is rumpit.* Siehe auch Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder §. 73. S. 161.

50) ZACHIAS Quaest. Med. leg. Lib. IX. Tit. XII. Qu. 5.

51) Ploucquet über die phys. Erfordernisse der Erbfähigkeit §. 56. S. 123.

in einem wirklich zweifelhaften Falle nur das Loos über die Rechte der Erstgeburt entscheiden [52]).

§. 116. a

Unterschied zwischen ehelich- und unehelich-gebohrnen.
1) Rechte der Unehelichen.

Die Menschen werden ferner in Rücksicht auf die Geburt auch noch II) in eheliche oder rechtmäßige, und in uneheliche oder unrechtmäßige eingetheilt. Erstere werden diejenigen genennt, welche in einer rechtmäßigen, entweder wahren, oder vermeintlichen Ehe erzeugt oder gebohren worden sind. Diejenigen hingegen, welche aus einem unehelichen Beyschlaf, oder in einer solchen ehelichen Verbindung, welcher die Gesetze die rechtmäßigen Wirkungen einer Ehe nicht beylegen [53]), sind gebohren worden, werden uneheliche, oder unrechtmäßige Kinder genennt [54]). Wenn Hellfeld sagt:

52) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de iure gemellorum. *Ienae* 1703. recus. Ibid. 1741. EISENHART Institut. iuris germ. privati Lib. I. Tit. I. § 2. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Specim. XVI. med. 7 Estor in der bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen §. 69. a. a. O. Hiermit stimmt auch das Preuß. Gesetzbuch I. Th. 1. Tit. §. 16. überein.

53) §. 12. *I. de nupt.* *L.* 11. *D. de statu hom.*

54) In unsern Gesetzen werden sie SPURII genennt, worunter in allgemeiner Bedeutung alle und jede unrechtmäßige Kinder verstanden werden. CAIUS *Institut. Lib. I. Tit. IV.* §. 8. *L.* 23. *D. de statu hom.* *L.* 25. *D. de captiv. et postl. revers.* §. 12. *I. de nupt.* EDUARD CALDERA Variar. Lection. lib. IV. c. 3. (*Tom. III. Thes. Meermann. p.* 663.) Sie heissen auch ἀπάτορες, quasi *sine patre filii*, wie CAIUS und IUSTINIANUS §. 12. I. cit. bemerken. Wahrscheinlich ist hiervon der

sagt: ILLEGITIMI dicuntur, *qui ex illicito concubitu extra iustum matrimonium sunt nati*; so ist dieser Begriff wenigstens nach dem römischen Rechte nicht richtig. Denn die im Concubinate oder in einer Sklaven-Ehe (Contubernium) erzeugten Kinder werden unstreitig zur Classe der unrechtmäßigen Kinder gerechnet [55]), und doch waren sie aus keinem unerlaubten Beyschlaf gezeugt [56]). Die Worte: *ex illicito concubitu* müssen also schlechterdings aus dem Begriff wegbleiben, wenn er nicht offenbar zu eng werden soll. Für **uneheliche Kinder** sind nun also zu halten,

I) alle

der Name *Spurius* abzuleiten, denn man bezeichnete die unehelichen Kinder mit den Buchstaben S. P. das ist *sine patre*, so abbreviirte man auch den bekannten römischen Vornamen *Spurius*. Kein Wunder, wenn durch Verwechselung das Wort *Spurius* allgemeine Benennung der unehelichen Kinder wurde. Dies bestätigt auch PLUTARCH Quaest. Rom. pag. 288. Wenn übrigens die *Spurii* quasi *sine patre filii* genennt werden, so beziehet sich das auf jenen bekannten Satz: pater est, quam iustae nuptiae demonstrant: *L. 5. D. de in ius voc.* Nun aber geben die Gesetze über unehelich erzeugte Kinder keine väterliche Gewalt. §. 12. *I. de nupt. L. 3. D. de his qui sui vel al. iur. sunt.* Uneheliche Kinder werden auch NOTHI *Nov. Iustin.* 74. u. 89. und im Canonischen Recht MANZERES *c. 10. §. 6. X. de renunc.* genennt.

55) Denn beyde werden *liberi naturales* genennt. *L. 4. Cod. de interdict. matrim. L. 5. C. de natural. lib.*

56) *L. 5. in fin. Cod. ad SCtum Orphit.* wo der Concubinat eine *consuetudo licita* genennt wird. S. WINKLER Diss. de genuino concubinatus ex mente Leg. Rom. conceptu, *Lipsiae* 1744.

I) alle, die ausser der Ehe gezeugt sind, und diese bekommen verschiedene Namen, je nachdem sie entweder aus einer Blutschande, oder aus einem Ehebruch, oder von einer Hure, oder von einer Geschwächten sonst unbescholtenen Frauensperson, oder im Concubinat gebohren worden sind. [57]) Die unehelichen Kinder der erstern Art heissen *incestuosi*, der andern, *adulterini*, der dritten, *vulgo quaesiti*, Hur-Kinder, der vierten, *spurii*, im eigentlichen Verstande, Jungfern-Kinder, der fünften, *naturales* in der eigentlichen Bedeutung.

II) Die aus einer unrechtmässigen Ehe erzeugt worden sind. Zu dieser Classe rechneten die Römer

a) die Kinder solcher Eltern, welche kein *ius connubii*, das ist, die Fähigkeit nicht hatten, eine römische Ehe einzugehen, oder fortzusetzen; also

1) die Kinder solcher Eheleute, die zwar freye Menschen, aber keine römische Bürger waren [58]);

2) die aus einem Contubernium, d. i. aus einer Sklaven-Ehe erzeugten Kinder (*Vernae*) [59]); endlich

3) die-

57) *Gabr.* PALAEOTI Tr. de nothis spuriisque filiis. Hagae Com. 1655. 8. *Io. Matth.* MARTINI libell. acad. de favore liberorum naturalium secundum principia religionis nostrae non extendendo, multo minus ad adulterinos et incestuosos applicando. Buetzovii 1781. §. 3. *I. L. E.* PÜTTMANN Diss. de querela inoff. testam. fratrib. atque sororibus contra spurios haud compet. pag. 4 — 10.

58) ULPIAN. *Fragm.* Tit. V. §. 4. SIGONIUS de antiquo iure civ. Romanor. lib. I. cap. 9. SPANHEMII Orbis Rom. Exerc. II. cap. 22.

59) *L.* 4. *C. de interdict. matrim. L.* 3. *C. soluto matrim. quem. dos pet.*

3) diejenigen Kinder, welche von römischen Eheleuten während der Gefangenschaft waren gezeugt worden [60]).

b) Werden auch diejenigen Kinder im römischen Recht für unrechtmässig erklärt, welche aus einer ohne Einwilligung des Vaters geschlossenen Ehe sind gebohren worden [61]). Endlich

c) solche Kinder, die aus einer Ehe erzeugt sind, welcher es an der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form mangelt [62]). Hierher gehört auch heutiges Tages unter Privatpersonen die Gewissens-Ehe, worunter man eine solche Ehe versteht, welche vermittelst der blosen Erklärung des Eheconsenses, ohne Beobachtung der kirchlichen Form, geschlossen worden ist [63]).

Die

60) *L.* 25. *D. de captiv. et postlimin. revers.*

61) *L.* 11. *D. h. t.* PAULUS respondit, eum qui vivente patre et ignorante de coniunctione filiae conceptus est, licet post mortem avi natus sit, iustum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.

62) *Princ.* et §. 12. *I. de nupt.* Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui *secundum praecepta legum* coeunt. — Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint: nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt; sed tales sunt, (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, unde solent spurii appellari.

63) HERT Diss. de matrimonio instaurato et conscientiae. Sect. II. §. 5. in Opusc. Vol. II. T. 3. p. 256. Schott Einleitung in das Eherecht §. 173. HOFACKER Principia iuris civ. Rom. Germ. T. I. § 537.

Die Rechte solcher unehelich gebohrnen sind nun verschieden;

1) im Verhältniß gegen den Staat war die uneheliche Geburt nach römischen Rechten mit keinen nachtheiligen Folgen verknüpft. Auch uneheliche Kinder hatten die Rechte der Bürger, wenn sie nur von einer freyen Mutter waren gebohren worden [64]) denn das uneheliche Kind erhielt den Stand der Mutter [65]). Sie konnten daher zu den ansehnlichsten Staatsbedienungen gelangen. *Non enim impedienda est dignitas eius, qui nihil admisit*, sagt Papinian [66]). Ein Ausspruch, welcher der Denkungsart der Rö-

64) *L. 3. C. Soluto matrim. quemadm. dos petatur.* Hotomann de spuriis et legitim. cap. 3. hat dieses gegen Anton Faber sehr ausführlich gezeigt. Man vergleiche auch *Gabr.* PALAEOTUS de nothis et spuriis cap. 55. p. 132. sq. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. c. IV. §. 4. p. 169.

65) ULPIAN. *Fragm. Tit. V.* §. 8. Connubio interveniente, liberi semper patrem sequuntur; non interveniente connubio, matris conditioni accedunt. CELSUS *L.* 19. *D. h. t.* Vulgo quaesitus matrem sequitur. ULPIANUS *L.* 24. *D. eodem.* Lex naturae haec est, ut qui nascitur *sine legitimo matrimonio*, matrem sequatur, *nisi lex specialis aliud inducit.* Was das für ein Gesetz sey, welches von der angeführten Regel eine Ausnahme macht, sagt Ulpian in *Fragm. Tit. V.* §. 8. nämlich die *Lex Mensia*, nach welcher das Kind, welches aus der Ehe eines peregrini mit einer cive Rom. war gebohren worden, den Stand des Vaters erhielt. Siehe HEINECCIUS ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. p. 225.

66) *L. 6. pr. D. de decurionib. et filiis eor.* Eben so denkt auch Ulpian *L.* 2. §. 7. *eodem.* Nullum patris delictum innocenti filio poenae est, ideoque nec ordine decurionum, aut caeteris honoribus, propter eiusmodi causam, prohibetur.

Römer Ehre macht. Nur allein in dem Falle, da bey der Bewerbung um eine Ehrenstelle ein unehelich gebohrner mit einem ehelich gebohrnen certirte, mußte der erstere nachstehen, wenn der letztere mit seiner ehelichen Geburt eine gleiche Fähigkeit verband [67]). Ob sich die Sache heutiges Tages anders verhalte, ist streitig. Soviel ist richtig, die alten teutschen Rechte halten die unehelichen Kinder nicht für Bürger des Staats, sondern für Fremde und Leibeigene [68]). Sie waren Leibeigene der teutschen Könige und Kaiser, und wurden deswegen auch **Königs-Kinder** genennt [69]). Starben sie, ohne eheliche Leibeserben zu hinterlassen, so verfiel ihre Verlassenschaft an die kaiserliche und königliche Cammer [70]). Die ältern teutschen Rechte erklären ferner alle, die unehelich gebohren sind, für anrüchtig und rechtlos

67) *L. 3. §. 2. D. eodem.*

68) PUFFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. XIII. §. 5.

69) HALTAUS Glossar. germ. voc. Königskinder. **Wiesand** juristisches Wörterbuch h. voc.

70) Siehe eine Urkunde K. **Maximilians I.** vom Jahr 1518. in **Lünigs** Reichsarchiv Part. Spec. IV. contin. 2. Th. 45. Abschn. S. 545. Verschiedene teutsche Reichsstände haben diese Rechte über uneheliche Kinder in ihren Ländern, theils mit der Landeshoheit durch das Herkommen, theils durch kaiserliche Begnadigung an sich gebracht. Man vergleiche Hektor Wilhelm von **Günderrode** Abhandl. über das Recht einiger teutschen Stände, die in ihren Ländern sterbende uneheliche Kinder zu beerben; in **Desselben** von Dr. Ernst Ludwig **Posselt** herausgegebenen **sämmtlichen Werken** des teutschen **Staats- und Privatrechts** 2. Band (Leipzig 1788. 8.) S. 176—186.

los [71]); die also weder zu weltlichen noch geistlichen Würden, ja nicht einmal zu Handwerken gelassen wurden. Ob man nun wohl in unsern Tagen angefangen hat, diese Anrüchtigkeit unehelicher Kinder aus guten Gründen zu bestreiten [72]), so haben sich doch jene alte teutsche Gewohnheiten, aller Unbilligkeit ungeachtet, in lebhaftem Gebrauch erhalten, wie uns die tägliche Praxis lehrt [73]). Daher haben die Teutschen, um jenen Schandfleck der unehelichen Geburt hinwegzuräumen, sogar eine eigene Art der Legitimation eingeführt, welche keine weitere Wirkung hat, als daß sie uneheliche Kinder fähig macht, in Gülden, Zünfte und andere Collegia aufgenommen zu werden, und überhaupt im Staat als legitim zu paßiren; von welcher

71) Sächsisches Landrecht 1. Buch, Art. 38. HEINECCIUS in Elem. Iur. Germ. Lib. I. §. 391. besonders sehe man *Phil. Lud* HUTH Specim. iur. germ. de his, qui notantur infamia. *Altorf.* 1723. §. XI.

72) Man sehe unter andern: Bittschrift der unehelich erzeugten Bürger Teutschlands an die teutschen Landesherrn. Eslingen 1784. 8. auch v. SELCHOW in Elem. iur. germ. §. 209. und *Ge Steph.* WIESAND in Pr. de conditione spuriorum recte aestimanda, in *Opusculis* (Lipsiae 1782. 8.) pag. 263 — 274.

73) Herr von SELCHOW in Diss. contin. selecta capita doctrinae de infamia. (Goett. 1770.) sagt daher Sect. II. §. 13 ganz recht. *Quamquam nulli omnino dubio obnoxium sit, has ipsas veterum de spuriis opiniones ab omni aequitatis sensu quam longissime abesse, constantissimo tamen fori usu servata est pristini iuris disciplina.* Siehe auch Joh. Andr Frommann in Disquisit. de levis notae macula §. 14 — 16. und Hr. Dr. Plitt in Diss. de levis notae macula sec. ius germ. *Marburg.* 1784. §. 20.

cher ich am gehörigen Orte (§. 145.) mit mehreren handeln werde. Nur die ehemalige Leibeigenschaft der unehelichen Kinder mit ihren Folgen ist heutiges Tages größtentheils erloschen [74]). Werden aber Unehelichgebohrne

II) im Verhältniß gegen die Eltern betrachtet, so kommt es zuerst darauf an, ob sie aus einem coitu damnato, d. i. aus einem Incest, Ehebruch, oder Bigamie gebohren sind, oder aus einem andern unrechtmässigen Beyschlafe. Erstere können auf die Rechte der Kinder nach römischen Gesetzen gar keinen Anspruch machen. Sie können weder die Eltern beerben, noch von ihnen Alimente fordern [75]). Jedoch hat das kanonische Recht diese Strenge in sofern gemildert, daß solchen Kindern wenigstens der nothdürftige Unterhalt von den Eltern gereicht werden muß [76]). Im letztern Falle sind die Rechte solcher unehelicher Kinder in Ansehung beyder Eltern sehr verschieden. Betrachtet man sie

a) im Verhältniß gegen den **Vater**, so haben sie folgenden Zustand.

1) Man erkennt sie nicht für einen Theil der väterlichen Familie, sie durften daher bey den Römern nicht den Namen des Vaters führen, sondern führten den Namen der Mutter [77]);

2) der

74) *de* SELCHOW in Diss. cit. Sect. II. §. 12. p. 51. Man sehe jedoch Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. B. §. 308. S. 84.

75) *L. 6. Cod. de incest. nupt. Nov.* 12. *c.* 3. *Nov.* 89. *cap.* 15. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1290.

76) *Cap. 5. X. de eo qui duxit* etc.

77) S. HEINECCIUS in Comm. ad L. Iul. et Pap. Papp. Lib. II. Cap. IV. §. 4. p. 169.

2) der Vater hat keine väterliche Gewalt über sie [78];

3) er ist ihnen nur den nothdürftigen Unterhalt zu geben schuldig [79];

4) der Vater kann sie nach Gefallen im Testamente übergehen [80]) und enterben, und stirbt er ohne Testament, so succediren nur in einem gewissen Falle die aus dem Concubinat erzeugten Kinder in den sechsten Theil seiner Verlassenschaft, andere uneheliche Kinder aber erben nach römischen Rechten gar nichts, wie in der Lehre vom Erbrecht weiter vorkommen wird.

b) Auf Seiten der Mutter findet zwischen ehelichen und unehelichgebohrnen Kindern nach gemeinem Rechte kein Unterschied der Rechte statt. Eine Mutter darf auch uneheliche Kinder in ihrem Testament nicht ohne rechtmäßige Ursache enterben, oder präteriren. Sonst können sie das Testament ihrer Mutter als pflichtwidrig anfechten [81]. Sie beerben auch, wie eheliche Kinder, die Mutter, wenn selbige ohne Testament verstirbt [82].

78) Nam in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreavimus, sagt CAIUS *L. 3. D. de his, qui sui vel al. iuris sunt.*

79) BOEHMER Ius Eccl. Protest. T. V. Lib. V. Tit. XVI. §. 14.

80) *Nov. 89. cap. 12. §. 3. Io. Ortw.* WESTENBERG Diss. II. de portione legitima §. 26. in *Operib.* a *I. H.* IUNGIO editis T. I.

81) *L. 29. §. 1. D. de inoff. testam.* Man sehe auch *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeteritione cap. XL. et XLI.

82) Hr. Geh. R. KOCH de successione ab intestato civ. §. 31. sqq.

§. 116. b.

II) Von den rechtmäßigen Kindern. Bestimmung des Zeitpuncts der rechtmäßigen Geburt eines Kindes.

Sollen nun im Gegentheil Kinder für eheliche und legitime gehalten werden, so wird dazu

1) das Daseyn einer rechtmäßigen Ehe erfordert. In dem Röm. Recht wird zwar nur eine solche Ehe ein *matrimonium iustum* genennt, si inter eos, qui nuptias contrahunt, *connubium sit*, wie Ulpian [83]) sagt; ein *connubium* aber war, wie eben dieser Jurist [84]) hinzufügt, uxoris *iure ducendae* facultas, und hatte nur unter Röm. Bürgern Statt, wofern es nicht auch als Ausnahme bey einzelnen Latinis oder peregrinis war erlaubt worden [85]). Allein jetzt verstehen wir unter einer rechtmäßigen Ehe überhaupt eine solche, die nach Vorschrift der Kirchen- oder der bürgerlichen Gesetze gültig geschlossen worden ist. Dies mag nun entweder eine wahre oder auch nur eine vermeintliche, d. i. eine solche Ehe seyn, welcher zwar ein öffentliches trennendes Hinderniß entgegenstehet, die aber doch darum, weil selbige zwischen Personen, denen entweder beyderseits, oder wenigstens eines Theils dies Hinderniß nicht bekannt war, öffentlich und förmlich vollzogen worden ist, in der Zwischenzeit, und so lang sie nicht obrigkeitlich getrennt wird, alle rechtliche Wirkungen hervorbringt, die nach gemeinen Rechten einer

83) *Fragm.* Tit. V. §. 2. (in SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 577.)

84) c. loc. §. 3.

85) ULPIAN. c. l. §. 4.

einer gültigen wahren Ehe zukommen [86]. Die Kinder aus einer solchen Ehe sind daher legitim, und in Ansehung beyder Eltern successionsfähig, wenn auch nur einer von beyden in bona fide gewesen wäre [87]. Es wird aber doch jederzeit eine wirkliche und förmlich geschlossene Ehe zum voraus gesetzt, daher einem unehelichen Beyschlafe, gesetzt auch, daß auf Seiten des einen schuldloser Irrthum, oder Mangel der Einwilligung, wie bey der Nothzucht, oder einem andern stupro involuntario, weder Zurechnung noch Strafe Statt finden liesse, die Wirkung und Rechte einer vermeintlichen Ehe nicht beygelegt, noch die aus einem solchen Beyschlaf erzeugten Kinder den rechtmäßigen und erbfähigen Kindern gleichgeachtet werden können [88].

Zur Existenz eines ehelichen Kindes wird jedoch

2) noch insonderheit erfordert, daß selbiges zu rechter Zeit gebohren worden sey. Es kommt daher

 bey

86) S. *Io. Nic.* HERT Diss. de matrimonio putativo; (in *Opuscul.* Vol. I. Tit. I. p. 348 — 403.) *Ern. Christ.* WESTPHAL Diss. de veris casibus matrimonii putativi. Halae 1758.

87) *Cap.* 2. 8. 14. *et* 15. *X. Qui filii sint legitimi.* S. Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. (Göttingen 1799. 4.) Nr. 22.

88) Ich habe diesen Satz gegen eine Meinung des H. GR. Kochs de succ. ab int. §. 36. in meiner Comment. *de conditione liberorum ex stupro violento aut nec violento nec voluntario procreatorum quoad successionem ab intestato recte aestimanda*, §. 12—14. Die im IV. Fascikel meiner Opusculor. (Erlangen 1790. 8.) befindlich ist, zu vertheidigen gesucht, wo ich überhaupt die Materie von der vermeintlichen Ehe vollständiger auseinander gesetzt habe.

bey der Beurtheilung der Rechtmäßigkeit eines Kindes vorzüglich darauf an, daß man wisse, welches der rechte Zeitpunkt der ehelichen Geburt sey? Die Gesetze haben nun hierin zu Begründung einer rechtlichen Vermuthung für die Rechtmäßigkeit der Geburt einen doppelten Termin bestimmt, nämlich einen terminum a quo, und einen terminum ad quem. Ersterer ist der Anfang des siebenten Monats nach vollzogener Ehe [89]); letzterer aber das Ende des zehnten Monats von dem Tode des Ehemanns

89) Es gehört hierher die bekannte Stelle aus PAULI *lib.* 19. *Responsor.* in *L.* 12. *D. h. t.* wo es heißt: Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri *Hippocratis:* et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis *septimo mense* natus est, iustum filium esse. Es entstehet hier die Schwierigkeit, wie der hier bestimmte Zeitpunkt einer sieben monatlichen Geburt zu berechnen sey, welche dadurch noch vergrössert wird, daß Hippocrates, auf dessen Ansehen die Entscheidung dieser Gesetzstelle gegründet wird, bey Berechnung jenes Zeitpunkts mit sich selbst nicht eins ist, indem er einem siebenmonatlichen Kinde bald 204, bald 210, bald 182 Tage giebt. Um dieser Schwierigkeit abzuhelfen, so haben nun unsere Gesetze solches an einem andern Orte deutlicher bestimmt, nämlich *L.* 3. *§. fin. D. de suis et legitim. hered.* welche so lautet: Qui *centesimo octogesimo secundo die* natus est, HIPPOCRATES scripsit, et *D.* PIUS Pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum. Da nun diese 182 Tage einen Zeitraum von sechs Monaten, jeden Monat für 30 Tage gerechnet, und zwey Tägen ausmachen, so ergiebt sich hieraus, daß eine siebenmonatliche Frucht diejenige sey, welche nach sechs Monaten, und zwar in den erstern Tagen des siebenten Monats zur Welt kommt.

manns angerechnet [90]). Wenn also 1) ein Kind nur wenigstens zu Anfang des siebenten Monats nach eingegangener Ehe zur Welt kommt, so wird es nach rechtlicher Vermuthung für ehelich, und der Ehemann für dessen Vater gehalten; und 2) wenn eine Wittwe noch binnen den nächsten zehen Monaten nach des Mannes Tode ein Kind zur Welt bringt, so paßirt dieses auch noch für ein rechtmäßiges Kind des verstorbenen Ehemanns [91]). Wenn in diesen Fällen **der Ehemann** oder **dessen Erben** ein solches Kind als ehelich und rechtmäßig nicht erkennen wollen, so müssen sie diese, für das Kind gesetzlich streitende Vermuthung, durch tüchtigen Gegenbeweis entkräften, ausserdem genießt das Kind alle Rechte einer rechtmäßigen Geburt [92]). Da indessen der Grund jener gesetzlichen Bestimmungen ohne Zweifel darin liegt, weil es physisch möglich ist, daß das Kind binnen dieser Zeit von dem Ehemann, der für den Vater desselben gehalten wird, durch ehelichen Beyschlaf hat gezeugt werden können [93]); so folgt, daß, wenn diese Möglichkeit nach den

 unver-

90) *L. 3. §. 11. D. de suis et legitim. hered.* Post *decem menses* mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem. Hiermit sind zu verbinden *L. 29. pr. D. de lib. et postum. L. 4. Cod. de posthum. heredib. instituend. vel exhered.*

91) **Höpfner** im Commentar über die Institutionen §. 128. Not. 4. S. 158. (der sechsten Aufl.)

92) **Schott** im Eherecht §. 185.

93) Man siehet dies, was den gesetzlichen Terminum a quo anbetrift, sehr deutlich aus dem vom **Paulus** oben angeführten Entscheidungsgrunde: *Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem* HIPPOCRATIS. In Ansehung des gesetzlichen Termini ad quem beziehe ich mich auf

unveränderlichen Gesetzen der Natur schlechterdings nicht angenommen werden kann, das Kind für legitim nicht zu halten sey. Weil nun die gewöhnlich angenommene Geburtszeit eines völlig reifen und ausgetragenen Kindes erst noch neun und dreyßig bis vierzig Wochen, von der Empfängniß an gerechnet, eintritt [94]), mithin ein im siebenten Monat gebohrnes Kind zwar lebensfähig seyn, aber doch nie die Reife eines vollkommenen neunmonatlichen Kindes erreicht haben, vielmehr jederzeit sichtbare Merkmale der Unvollkommenheit an sich tragen wird [95]); so ist unläugbar, daß, wenn entweder im siebenten Monat nach vollzogener Ehe ein vollkommen reifes Kind gebohren würde, der Ehemann aber den frühen Beyschlaf so wenig eingestehen, als das Kind für das seinige anerkennen wollte, oder

auf *L. 6. et 7. D. de suis et legitim. heredib.* wo zur Erbfähigkeit eines nach des Ehemanns Tode gebohrnen Kindes erfordert wird, *ut sit vivo eo conceptus, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*; und auf *Nov. XXXIX. cap. 2.* wo Justinian sagt: daß ein im eilften Monat nach des Ehemanns Tode von desselben Wittwe zur Welt gebrachtes Kind darum nicht für rechtmäßig gehalten werden könne, *quod non esset possibile dicere, partum de defuncto esse. Neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est*: oder wie es Hombergk besser übersetzt; Neque enim graviditas in tantum tempus protenditur.

94) ROEDERER in Elem. artis obstetriciae §. 217. *Hunc terminum, finem nempe trigesimae nonae; et nonnunquam quadragesimae hebdomatis, partui maturo natura, uti accuratior observatio docet, constituit.*

95) ROEDERER im angeführten Buch §. 219 *Ante nonum etiam mensem foetus maturus censendus non est. Vitalis quidem septimo mense esse potest, recte tamen a maturo distinguitur.*

oder die Wittwe im zehnten Monat nach des Mannes Tode ein noch unreifes Kind zur Welt gebracht hätte, ein solcher Partus keinesweges nach rechtlicher Vermuthung für ein ächtes Kind des Ehemanns gehalten werden könne [96]). Hieraus erhellet also, daß man bey der Beurtheilung der Rechtmäßigkeit eines Kindes auf zweyerley zu sehen habe; a) auf den Zeitpunkt der Geburt, und b) auf die Beschaffenheit des Kindes, nämlich ob das Kind reif oder noch unreif sey [97])? Der eine Umstand darf schlechterdings von dem andern nicht getrennet werden, wenn nicht gegen die Absicht der Gesetze gehandelt, und offenbare Ungerechtigkeiten veranlasset werden sollen [98]). Denn es würde sonst oft einem Mann ein unrechtmäßiges Kind aufgedrungen werden, wenn man den Ausspruch jenes Gesetzes: *septimestris est legitimus*, so schlechthin ohne weitere Einschränkung anwenden dürfte; und wenn gleich das Gesetz nach der Lehre des Hippocrates ein siebenmonatliches Kind, als ein vollkommenes (partum perfectum) annimmt; so kann doch dieses von einer solchen Vollkommenheit und Reife, dergleichen nur ein neunmonatliches Kind fähig ist, darum nicht verstanden werden, weil eines Theils eine solche Erklärung nicht mit

 den

96) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 544. pag. 428. Struben rechtliche Bedenken V. Th. Bed. 86. S. 179. Ploucquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit eines Kindes §. 38. u. 39. und Metzger kurzgefaßtes System der gerichtl. Arzneywissenschaft §. 279. Not. a.

97) Ploucquet a. a. O.

98) Ploucquet §. 31.

dem Lehrsystem des Hippocrates [99]), als welcher nur von einem lebensfähigen Kinde redet, übereinstimmen, andern Theils aber den unveränderlichen Gesetzen der Natur entgegenstreiten würde [100]). Nach Maasgebung dieser Grundsätze können nun noch allerhand wichtige Rechtsfragen mit leichter Mühe entschieden werden.

Man setze z. B. eine Wittwe habe sich gleich im ersten Monat nach des Mannes Tode wieder verheyrathet, und nach sieben oder acht Monaten, von dieser zweyten Ehe an gerechnet, ein Kind gebohren [1]). Nun entsteht die

99) Ich will nur eine Stelle aus Hippocrates Buche de septimestri partu cap. 5. hersetzen, woraus man sehen wird, daß er von keinem vollkommenen reifen Kinde redet. *Et supervivunt quidem septimestres,* sagt er, *verum pauci etiam ex his educantur. Neque enim crassitudinem habent, quam perfectissimi habent, et labores in utero non diu ante toleraverunt, ut tenues evaserint.* Ueberhaupt hat auch die Unvollkommenheit eines siebenmonatlichen Kindes, gegen ein neunmonatliches gehalten, schon das ganze Alterthum erkannt, wie FABROTTUS de iusto partu, (in OTTONIS *Thes. Iur. Rom.* T. III. p. 1162.) erwiesen hat. Man sehe jedoch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3 not. a.

100) Man vergleiche hier de COCCEJI ius controvers. lib. I. T. VI. Qu. 3. a verbis: *Ast alia quaestio est; an septimo coniugii mense editus pro legitimo sit habendus?* pag. 91. vorzüglich aber *Pet. Ludw.* BEHRMANN Comment. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento. Goettingae 1784.

1) Die Rechtsgelehrten haben bey Entscheidung dieser Rechtsfrage viele Schwierigkeiten gefunden. Man findet die verschiedenen Meinungen in der unter *Io. Guolfgang.* KIPPINGII Vor-

die Frage, für wessen Kind der Partus zu halten sey? für des verstorbenen, oder des gegenwärtigen Mannes Kind? Es kommt darauf an: ob das nach sieben oder acht Monaten in der zweyten Ehe gebohrne Kind, völlig reif sey, oder nicht, im erstern Fall ist anzunehmen, daß es von dem Verstorbenen erzeugt sey; in dem andern Falle hingegen erkennt es den zweyten Mann seiner Mutter für seinen Vater [2]).

Ob eilfmonatliche oder noch spätere Geburten rechtmäßig seyn können? ist eine Frage, welche sowohl die Federn der Aerzte als der Rechtsgelehrten beschäfriget hat [3]). Nach den Gesetzen [4]) und der Meinung der neuern

Vorsitze von Joh. Kopp vertheidigten Diss. de partu dubio, quem scilicet vidua intra dies lugubres enixa est. Helmstadii 1744. Er selbst hält §. XII. dafür, daß nach der Regel: *pater est, quem iustae nuptiae demonstrant*, im Zweifel der gegenwärtige Ehemann für den Vater des Kindes zu halten sey. Ihm stimmt auch Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts 2. Th. S. 264. bey. Allein es kommt hier zunächst auf die Beschaffenheit des Kindes an, ob dieses reif oder noch unreif ist. Man sehe *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. I. Tit. 6. Qu. 5.

2) S. Ploucquet in der angeführten Schrift §. 39. S. 98. und 99.

3) Man vergleiche PÜTTMANN de partu undecimestri *Lipsiae* 1779. *Aug. a* LEYSER Diss. de postumo anniculo seu duodecimestri *Viteb.* 1748. und desselben Meditat. ad Pandect. Spec. XV. med 1. WERNHER Observat. for. T. III. P. III. Obs. 36. HEISTERI Dissert. qua partus tredecimestris pro legitimo habitus proponitur, et simul partui nullum certum tempus in universum tribui posse, ostenditur: (in SCHLEGEL *Collect. opusculor. selector. ad medicin. for. spectant.* Vol. II. n. VIII.) NEBEL

ern Aerzte [5]) ist sie zu verneinen. Beyde stimmen darin überein, daß der höchste Zeitpunkt einer rechtmäßigen Geburt der zehnte Monat nach des Mannes Tode, oder seit der Abwesenheit desselben, sey. Da dies schon eine seltene Ausnahme ist, so darf jener Zeitpunkt um desto weniger weiter hinaus erstrecket werden [6]). Zwar hat man Beyspiele

NEBEL Diss. de partu tredecimestri legitimo. *Heidelberg* 1731. Die verschiedenen Meinungen der Aerzte, so wie auch die verschiedenen Rechtssprüche der Juristen Facultäten findet man ausführlich in Metzgers kurzgef. System der gerichtl. Arzneywissenschaft. §. 281 — 290. Man sehe auch WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. I. cap. I. §. 3.

4) *L.* 3. §. 11. *D. de suis et legit. hered. Nov. XXXIX. c.* 2.

5) Ploucquet über die Erbfähigkeit der Kinder §. 40. *Rud. Aug.* VOGEL Diss. de partu serotino valde dubio. *Goett.* 1767. (bey SCHLEGEL cit. Collect. vol. II. nr. 2. p. 114.) vorzüglich aber *Io. Bernh* SCHNOBEL Diss. de partu serotino in medicina forensi temere nec affirmando nec negando. *Ienae* 1786. (in SCHLEGEL Collect Vol IV. Nr. 29.) von Haller Vorlesungen über die gerichtliche Arzneywissenschaft. 1. B. 9 Kap. S. 119. (Bern 1782.) und Metzger a. a. O. §. 290.

6) Nach dem allgemeinen Gesetzbuch für die Preuß. Staaten 2. Th. 2. Tit. 1. Abschn. §. 19. soll jedoch ein Kind, welches bis zum 302. Tage nach dem Tode des Ehemanns gebohren worden, für das eheliche Kind desselben geachtet werden. Allein dagegen hat Metzger a. a. O. §. 290. Not. b. erinnert, daß sich im Vertrauen auf dieses Gesetz eine Wittwe noch in den ersten 8 bis 14. Tagen nach des Mannes Tode dürfte schwängern lassen, indem sie sich sicher darauf verlassen kann, daß sie noch vor dem Ablauf des gesetzlichen Termins niederkommt. Er behauptet daher, daß ein Kind, welches nicht spätestens am 280. Tage nach dem Tode des Mannes

spiele von zwölf, dreyzehen, ja vierzehnmonatlicher Schwangerschaft wissen wollen, auch Gründe aufgesucht, um die Möglichkeit einer solchen späten Geburt zu vertheidigen; allein die meisten dieser Gründe sind so beschaffen, daß sie vielmehr die Geburt beschleunigen, wenn sie auch dem Wachsthum des Fötus nicht günstig sind; sie würden also zwar so viel zuwege bringen, daß ein Kind mager, kränklich und schwach auf die Welt käme, aber weder an der Reife selbst würde etwas fehlen, noch würde die Geburtszeit dadurch verzögert werden. Ueberhaupt aber haben die meisten Histörchen, wodurch die Möglichkeit solcher Verspätungen bescheiniget werden will, so viel Verdächtiges, daß man in der That nicht sehr geneigt wird, ihnen Glauben beyzumessen. Daher sie auch Röderer [7]) alle verwirft. Der Richter aber darf um so weniger darauf achten, weil ihm der gesetzliche Termin eine eben so nöthige als sichere Maasregel giebt, über den er daher nach eigener Willkühr nicht hinaus gehen darf [8]).

Weil indessen K. Justinian [9]) nur ein solches Kind, das nach des Mannes Tode gegen das Ende des eilften Mo-

nes zur Welt kommt, unrechtmäßig, und nicht von dem verstorbenen Mann erzeugt sey.

7) Elem. artis obstetr. pag. 218. *Tantum abest, ut hae causae foetus moram in utero retardent, ut potius accelerent. Viduae quidem vanis hisce speciebus illicitam venerem defendere, hereditates aucupari; imo medicos nimis credulos vel lucri cupidos in suas partes trahere student, sed mera haec sunt ludibria, praetereaque nihil.* Adde ALBERTI system. iurisprud. medicae T. I. Cap. VII. §. 19.

8) S. Schott im Eherecht §. 185. in Not. **** S. 410.

9) *Nov. XXXIX. cap. 2.* Die Worte *undecimo mense perfecto* sind in der Vulgate nicht richtig übersetzt, es muß eigentlich heis-

Monats gebohren worden, für illegitim erklärt; so wird nach der gemeinen Meinung [10]) der Rechtsgelehrten angenommen, daß ein im Anfang des eilften Monats zur Welt gebohrnes Kind noch für rechtmäßig zu halten sey; ob es gleich nicht an Rechtsgelehrten fehlt, welche mit mehrerem Grunde behaupten, daß Justinian das alte Recht hierin nicht abgeändert habe [11]).

Noch ist jedoch zu bemerken übrig, daß dasjenige, was wir von dem zur Beurtheilung der rechtmäßigen Geburt eines Kindes gesetzlich bestimmten Zeitpunkt gesagt haben, nur alsdann hauptsächlich seine Anwendung finde, wenn hierüber ein Streit obwaltet, und die Frage ist, was im Zweifel nach rechtlicher Vermuthung anzunehmen sey. Denn erkennt der Ehemann das ihm von seiner rechtmäßi-

heissen sub finem undecimi mensis, wie *Luc. van de* POLL de exhered. et praeterit. cap. 38. emendirt, und Homberg zu Vach auch wirklich übersetzt hat.

10) CUJACIUS ad Sent. Recept. Pauli lib. IV. Tit. 9. §. septimo mense. FABROTTUS in der oben angeführten Exerc. I. p. 38. RAGUELLUS in Commentar. ad L ult. C. de posthum. hered. instit. *Iuc. van de* POLL cit. loc. §. 13. p. 239. CARPZOV Iurisprud. Forens. P. IV. Const. 27. def. 15. STRUV Syntagm. iur. civ. h. t. Exerc. III. th. 4. GAERTNER meditat. pract. ad Pandect. Specim. I. Obs. 61. Joh. Lud. Schmidt in den öffentlichen Rechtssprüchen. Resp. XXXI. S. 215. ff. u. a. m.

11) *Alph. a* CARRANZA de partu naturali et legitimo Cap. XIV. nr. 19. p. 587. BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. 2. §. 2. Not. 5. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. I. Tit. 6. Qu. 4. HUBER Praelect. ad Dig. h. t. §. 5. und *Christ. Gottl.* BIENER Variae iuris civ. Quaestiones (*Lipsiae* 1797.) Qu. 2.

mäßigen Ehefrau gebohrne Kind für das seinige, so hat es kein Bedenken, daß ein solches Kind für ehelich und rechtmäßig zu achten sey, es mag zu einer Zeit in der Ehe gebohren worden seyn, zu welcher es wolle [12]). In einem solchem Falle verordnet Justinian [13]) daß nicht weiter auf die Zeit der Conception, sondern nur der Geburt gesehen werden solle. Sancimus sagt er [14]), ut non tempus conceptus, sed partus inspiciatur, propter filiorum utilitatem.

Kommt es übrigens auf den Beweis der rechtmäßigen Herkunft eines Kindes an, so dienen hierzu die sogenannten Geburtsbriefe, wodurch die eheliche Geburt eines Menschen von dem Richter des Geburtsorts bezeuget wird [15]). In Ermangelung derselben muß der Beweis darauf

12) VOET in Commentar. ad Pandect. lib. I. Tit. VI. §. 5. *Plane si quis ante nuptias in furtivos cum puella complexus ruens, eam deinceps matrimonii vinculo legitime sibi sociaverit, nec anticipata gaudia ipse diffiteatur; non dubium, quin vel confestim a nuptiis contractis, aut ipso nuptiarum die editus, legitimis liberis adscribendus sit, subsequente connubii foedere omnem conceptionis maculam tollente.* Adde HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 544. fin. und GAERTNER in Meditat. pract. ad Pandect. Spec. I. med. 59.

13) *L. 11. Cod. de natural. liber. Nov. LXXXIX. c. 8. in fine.*

14) *Nov. LXXXIX. cap. 8. in fine.*

15) Von solchen Geburtsbriefen handeln *Henr.* LINCK in Diss. de litteris natalitiis Ien. rec. 1732. Deßgleichen Claproth in der Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen (Göttingen 1789.) 2. Abschn. 2. Hauptst. 7. Tit. S. 149—157. und Hr. von Trütschler in der Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtl. Aufsä-

darauf gerichtet werden, daß die Eltern des Kindes in rechtmäßiger Ehe gelebt, und das Kind entweder während derselben gebohren worden, oder falls es erst nach aufgehobener Ehe zur Welt gekommen, daß es binnen derjenigen Zeit gebohren worden sey, wo die Gesetze es noch für ein Kind des verstorbenen oder geschiedenen Ehemanns gehalten wissen wollen. Als Beweismittel können in einem solchen Falle Zeugnisse aus den Kirchenbüchern, welche, in sofern sie von verpflichteten Personen in Amts-Sachen ausgestellet werden, als öffentliche Zeugnisse gelten [16]); oder auch andre ehrbare und glaubwürdige Zeugen, als Wehmütter, Gevattern, Nachbaren, welche von der Geburt des Kindes, von dessen Rechtmässigkeit die Frage ist, genugsame Wissenschaft haben, auch Domestiquen und Anverwandte [17]), gebraucht werden. Es ist auch schon hinreichend, wenn nur soviel dargethan werden kann, daß das Kind von demjenigen, der für den rechtmässigen Vater desselben ausgegeben wird, wie ein eheliches Kind sey erzogen und erhalten worden [18]). Denn hieraus entstehet wenigstens eine rechtliche Vermuthung, welche so lange gilt, bis sie durch Gegenbeweis entkräftet wird [19]).

Noch

ze über Handlungen der willkührl. Gerichtsbarkeit. (2. Aufl. Leipzig 1786.) 1. Th. 2. Hauptabth. 3. Hauptst. §. 53. S. 300.

16) HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 364.

17) *Cap. 3 X. qui matrim. accus. poss.* LEYSER Meditat ad Pandect. Vol. V. Spec. CCCXXVI. med. 7.

18) *Nov. 117. cap. 2. Cap. 10. X de probat.*

19) *Frid. Io.* STOCK Diss. de probatione filiationis. Ienae 1702. Cap. III. Th. 2. und vorzüglich HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 547—550. p. 431. sqq.

Noch ist die Frage zu erörtern, ob Brautkinder für legitim und erbfähig zu halten sind? Hierüber ist viel gestritten worden. Man setze z. B. daß von ein Paar rechtmäßig verlobten Personen der Bräutigam vor der Trauung gestorben wäre, und seine Braut schwanger hinterlassen hätte; ist das von ihr zur Welt gebrachte Kind für ehelich, und folglich für den rechtmäßigen Erben seines Vaters zu halten? Für die bejahende Meinung stimmen die mehresten Rechtsgelehrten [20]); und es ist nicht zu läugnen, daß dieselbe wenigstens von Seiten der Billigkeit alle Empfehlung verdient. Denn warum soll dem Kinde dieser Umstand, daß die Trauung bey dessen Eltern durch einen Zufall unmöglich gemacht wurde, zum Nachtheil gereichen? Man würde ja offenbar Brautkinder mit den spuriis in eine Klasse setzen, dies aber scheint hart, und gegen die Absicht der Gesetze zu seyn, welche vielmehr den billigen Grund, daß durch den Beyschlaf zwischen gültig verlobten Personen der Ehecon-
sens

20) S. *Ferd. Christoph.* HARPPRECHT Diss. de iure liberorum a desponsatis ante benedictionem sacerdotalem, nec ex post subsecutam procreatorum. IDEM in Diss. de probatione filiationis ex concubitu consponsorum ante hierologiam nec ex post subsecutam, et de iure talis prolis (in EIUS *Dissertat. Academ.* Vol. I. Diss. XXXIII. et XXXIV.) *Io. Frid.* EISENHART Diss. de nato ex sponsa. *Helmst.* 1750. *Car. Phil. Io.* ZELLER Diss. de partu sponsae legitimo. *Goettingae* 1785. *de* CRAMER in Observat. iur. universi. T. II. Obs. 515. *a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. CCXCVIII. med. 4. Struben rechtl. Bedenken III. Th. Bed. 131. §. 4. S. 456. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. III. Sect. II. Tit. II. §. 352. Schott im Eherecht §. 150. HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 545. u. a. m.

sens thätig erklärt worden sey, selbst zu Gunsten solcher Kinder anerkennen [21]). Es ist daher auch diese Lehre durch den Gerichtsgebrauch [22]), ja in einigen Ländern sogar durch ausdrückliche Gesetze bestätiget worden [23]). Daß indessen diese Meinung auch mit den Grundsätzen einer ächten Rechtstheorie übereinstimme, möchte wohl schwerlich erwiesen werden können. Von dieser Seite verdient daher die verneinende Meinung der Rechtsgelehrten [24]) mehre-

21) *L.* 22. *C. de nupt. cap.* 12. *X. qui filii sint legitimi.* Im *Cap.* 30. *X. de sponsalib.* wird dem Beyschlaf zwischen gültig verlobten Personen die Wirkung eines *matrimonii praesumti* beygelegt.

22) Consil. Marburg. Vol. III. 34. HERT Responf. Vol. I. Resp. 209. 456. MEVIUS Decif. P. II. Dec. 81. STRYK de succeff. ab inteft. Diff. I. cap. 2. §. 1. GAERTNER meditat. pract. ad Pand. Spec. I. med. 55. Eisenharts Rechtshändel Th. VIII. Nr. 15. S. 400. KIND Quaestion. for. pag. 26. und Frid. von Bülow's und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band. (Hannover 1798. 4.) Nr. XXVII.

23) Z. B. in Preußischen vi Rescripti de 22. Febr. Resp. 1768. S. Hrn. Prof. WOLTAER Obfervat. iur. civ. et Brandenb. Fasc. I. Obf. 10. in Sächsischen, vi Decif. Elect. 49. S. WERNHER Obf. for. T. I. P. III. Obf. 41. n. 5. und in Würtembergischen Landen vi Refcr. de 1695. S. die oben angeführte andere Harpprechtische Diff. de probatione filiationis Cap. II. Th. XI.

24) Dieser Meinung sind *Io.* VOETIUS in Commentar. ad Pandect. Lib. I. Tit. VI. §. 10. *Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. Lib. IV. Tit. 3. §. 50. LAUTERBACH in Colleg. Th. Pract. pandect. Lib. XXIII. Tit. 2. §. 4. *Tob. Iac.* REINHARTH in felect. Obfervat. ad Christinaeum. Vol. VI. Obf.

mehreren Beyfall. Denn Verlöbniß ist doch noch keine Ehe, giebt auch kein Recht zum Beyschlaf, mithin ist der von verlobten Personen anticipirte Concubitus eine eben so unerlaubte Beywohnung, wie jedes Stuprum. Rechtmäsige eheliche Kinder sind nur diejenigen, welche aus einer rechtmäsigen Ehe erzeugt sind; eine solche aber läßt sich unter Protestanten ohne die priesterliche Trauung, und unter Catholiken ohne die Erklärung des Eheconsenses vor dem competenten Pfarrer und zwey Zeugen nicht gedenken; ohne diese Form ist nach heutigem Kirchenrecht keine Ehe von bürgerlicher Wirkung, sie ist vielmehr null und nichtig, und kann daher auch keine Rechtmäsigkeit der Geburt den Kindern geben. Der Satz des Römischen Rechts: *consensus facit nuptias* [25]) findet heutiges Tages eben so wenig, als die Lehre der Decretalen, daß ein Eheverlöbniß durch die darauf erfolgte fleischliche Vermischung auch ohne Trauung in eine wahre Ehe verwandelt werde [26]), Statt [27]); mithin können Stellen des Römischen

Obs. 10. p. 26. 27. *Aug. Rud. Ies.* BÜNEMANN Diss. de sponsae partu spurio. *Goettingae* 1753. *G. Nic.* GRIMMEISEN Diss. de liberis ob deficientem in parentibus benedictionem sacerdotalem non legitimis. *Altorf.* 1731. Vorzüglich aber sehe man die gründliche Abhandlung des verstorb. Bürgerm. Pape zu Braunschweig über der Brautkinder Successions-Fähigkeit in den Gütern ihrer Väter; in dem Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit, herausgegeben von Theodor Hagemann und Christian August Günther. IV. Th. (Braunschweig 1789.) N. VII. S. 177—217.

25) *L.* 30. *D. de Reg. Iur.*

26) *Cap.* 15. 30. 32. *X. de sponsalib.*

27) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 362. not. d. *Car. Sebast.* BERARDI Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. (*Venet.*

mischen und kanonischen Rechts, die sich auf jene Lehren lediglich beziehen, auf unsere Zeiten nicht mehr angewendet werden. Es sind auch wirklich die für die gegenseitige Meinung angeführten Gesetzstellen dieser letztern Behauptung gar nicht entgegen, sie unterstützen dieselbe vielmehr noch bündiger. Denn in beyden oben angeführten Texten, sowohl dem *cap. 12. X. Qui filii sint legitimi*, als der *L. 22. C. de nupt.* liegt der Satz zum Grunde, daß nur aus einer gültigen Ehe ein rechtmäsiges Kind gebohren werde. Es war in beyden Texten die Frage von der Rechtmäsigkeit der Geburt eines Kindes. Diese hing von der Gültigkeit der Ehe seiner Eltern ab; und weil dieselbe durch Zeugen ausser allem Zweifel gesetzt werden konnte, so wurde für die eheliche Geburt des Kindes gesprochen. Hier ist also von keinen Brautkindern die Rede [28]). Aber verdient denn doch nicht wenigstens die unschul-

(*Venet.* 1778. 4.) Diss. II. Cap. IV. Quaest. I. und Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts. (Jena 1789.) VIII. Hauptst. §. 72. S. 233.

28) Merkwürdig sind die Worte des *cap.* 12. cit. receptis testibus a filio eiusdem R. productis, quibus legitime comprobavit, praedictum R. matrem suam in capella S. Sergii adfidasse. *Adfidare* gehört zur barbarischen Latinität des mittlern Zeitalters, und bedeutet soviel als sich durch Zusage und gegebenes Wort verbindlich machen. S. LINDEMBROG in Glossario h. v. Insonderheit aber hieß *feminam adfidare in uxorem* soviel als einem Weibe die eheliche Treue versprechen. GONZALEZ ad cap. 2. X. de consanguinit. Merkwürdig ist es ferner, daß dieses Eheversprechen in einer Capelle geschehen war, ohnfehlbar also in Gegenwart eines Geistlichen; mithin ist wohl kein Zweifel, daß das Kind, über dessen eheliche Geburt nach dem Inhalt des Capitels gestritten wurde, ein aus rechtmäßiger Ehe

schuldige Frucht eines zu frühen Beyschlafs Mitleiden, und muß nicht die Sache schon aus diesem Grunde zu deren Besten entschieden werden? O ja, Mitleiden verdienen allerdings Brautkinder; aber ist denn das auch ein rechtlicher Grund, ihnen etwas zuzusprechen, was ihnen von Rechtswegen nicht gebührt?

Wäre jedoch der Bräutigam rechtskräftig verurtheilt gewesen, seine verlobte und von ihm geschwängerte Braut zu heyrathen, und dann vor der Trauung verstorben, so kann das Kind durch ein richterliches Erkenntniß allerdings für ächt und succeßionsfähig erkläret werden [29]). So wie denn auch in dem Falle, da der Bräutigam nicht gestorben, sondern sich widerrechtlich weigern sollte, die Ehe dem rechtskräftigen Erkenntniß gemäß mit seiner geschwächten Braut zu vollziehen, die Ehe durch richterliches Decret in Ansehung der bürgerlichen Wirkungen derselben für vollzogen gehalten werden kann.

§. 117.a.

II. Eintheilung der Menschen in Rücksicht auf das Geschlecht.

II. In Rücksicht auf das **Geschlecht** sind die Menschen entweder **männlichen** oder **weiblichen** Ge-

Ehe gezeugtes Kind gewesen. GONZALEZ TELLEZ in Comment. ad cap. hoc 12. X. qui filii sint legitimi. Noch weniger Zweifel ist bey der *L.* 12. *C. de nupt.* vorhanden; wenn man die Worte mit Aufmerksamkeit lieset, nullus existimat, ob id deesse *recte alias inito matrimonio* firmitatem, vel *ex eo natis liberis* iura posse legitimorum auferri.

29) PUFFENDORF in Observat. iur. universi Tom. IV. Obs. 245. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 3. §. 49.

Geschlechts. Ob es nicht noch eine dritte Menschengattung gebe, nämlich solche, welche beyderley Geschlechts zugleich sind, ist noch nicht entschieden. Man pflegt sie Zwitter oder Hermaphroditen zu nennen. Die Gesetze unserer Pandecten gedenken ihrer an verschiedenen Orten. Sie stellen den Grundsatz fest, daß man die Hermaphroditen zu demjenigen Geschlecht zählen müsse, dem sie am ähnlichsten sind [30]). Wären sie also dem überlegenen Geschlecht nach männlich, so würden sie als Mannspersonen anzusehen seyn. Prävalirten aber bey ihnen die Kennzeichen des weiblichen Geschlechts, nämlich Geburtstheile, Stimme, Brüste, und übriger körperlicher Bau, so würde man sie zu diesem Geschlecht rechnen müssen. Zu Folge dieses Grundsatzes entscheiden nun die Gesetze alle die sie betreffenden Rechtsfragen, wobey es auf den Unterschied des Geschlechts ankommt. Z. B. ob ein Hermaphrodit als Testaments-Zeuge gebraucht werden könne [31])? Allein die neuern

30) *L.* 10. *D. h. t.* ULPIANUS *lib. I. ad Sabinum.* Quaeritur, *Hermaphroditum* cui comparamus? et magis puto, eius sexus aestimandum, qui in eo praevalet. S. *Pet. Franc.* MONET Diss. de iure circa hermaphroditos. *Argentorati* 1788. Nach dem allgemeinen Gesetzbuch für die Preuß. Staaten 1. Th. 1. Tit. §. 19. ff. bestimmen die Eltern, zu welchem Geschlecht sie erzogen werden sollen. Jedoch steht einem solchen Menschen, nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre, die Wahl frey, zu welchem Geschlecht er sich halten wolle. Nach dieser Wahl werden seine Rechte künftig beurtheilt.

31) *L.* 15. *§.* 1. *D. de testibus.* PAULUS *lib. III. Sententiarum.* Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit.

neuern Aerzte [32]) wollen es gänzlich läugnen, daß es wahre Zwitter gebe. Die weitere Untersuchung liegt außer meiner Sphäre.

In Absicht auf die Eintheilung der Menschen in Manns- und Weibspersonen ist nun noch zu bemerken

1) daß die Namen Weib oder Frau und Mann überhaupt die ganze Geschlechtsgattung bezeichnen, ohne Unterschied, ob eine Person verheyrathet, oder ledig ist. Eben so werden auch die lateinischen Benennungen *mulier* und *femina* in unsern Gesetzen von allen Personen weiblichen Geschlechts gebraucht, ohne unterschied, sie mögen Jungfern, Eheweiber oder Wittwen seyn; so wie in einer eben so weitläuftigen Bedeutung das Wort *vir* alle Personen männlichen Geschlechts, sie seyen Männer oder Knaben, bezeichnet [33]).

2) Zwischen beyden Geschlechtern findet zwar ein merklicher Unterschied der Rechte statt, doch gilt im allgemeinen

32) S. DUVERNEY Oeuvres anatomiques T. II. p. 369. VALMONT DE BOMARE Dictionn. d'Histoire natur. art. *Hermaphrod.* TEICHMEYER medicin. legal. p. 99. FASELIUS elem. medicin. legal. §. 40. Arnaud über die Hermaphroditen. Tab. I—IV. Metzgers kurzgef. System der gerichtlichen Arzneywissenschaft §. 496. u. 497. und Ploucquet über die physischen Erforderniße der Erbfähigkeit §. 65. S. 138.

33) *L.* 25. §. 9. *D. de auro arg. leg.* *L.* 81. §. 1. *D. de legat.* 3. *L.* 2. *D. ad SCt. Vellej.* In der eigentlichen Bedeutung aber nehmen die Gesetze das Wort *mulier* für eine solche Weibsperson, die keine Jungfer mehr ist, und setzen das Wort *virgo* entgegen. *L.* 11. §. 1. *D. de contrah. emt.* *L.* 11. §. 5. *D. de act. emt. vend.* *L.* 13. *D. de manumiss. vind.*

meinen die Regel, daß **ordentlicher Weise Manns- und Weibspersonen gleiche Rechte zu genießen haben, in sofern nicht die Gesetze in einzelnen Fällen einen Unterschied in Ansehung des Geschlechts machen** [34]. Hieraus folgt, daß wenn ein Gesetz überhaupt etwas verordnet, ohne die Weibspersonen auszunehmen, solches auch mit auf dieselben zu erstrecken sey [35]. So z. B. kommen die dem Erben zu Gunsten verordnete Rechtswohlthaten allerdings den weiblichen Erben so gut als den männlichen zu statten. Ja wenn auch in einem Gesetz nur des männlichen Geschlechts vorzüglich wäre gedacht worden, so ist deswegen das weibliche nicht gleich für ausgeschlossen anzusehen, wenn nicht das Gegentheil entweder aus dem Geist und dem Gegenstande des Gesetzes, oder aus andern Gesetzen deutlich erhellet [36]. Es ist also immer nur Ausnahme von der Regel, wenn die Gesetze in manchen Stücken dem männlichen Geschlecht Vorzüge vor dem weiblichen geben, in andern Fällen aber dem weiblichen Geschlecht wieder Vortheile zugestehen, an welchen das männliche keinen Antheil nimmt. Diese Ausnahmen sind nun aber freylich sehr erheblich, und beruhen auch nicht auf einem und demselben Grunde, sondern sind aus verschiedenen Quellen herzuleiten [37]. Die Gesetzgeber selbst haben bey Bestim-

34) *L. 9. D. h. t.*

35) *L. 1. D. de Verb. Signif.* Verbum hoc: *Si quis*, tam masculos quam feminas complectitur.

36) *L. 195. pr. D. de Verbor. Signif.* Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum *plerumque* porrigitur. Die Anwendung davon wird in *L.* 116. 163. *§.* 1. *L.* 172. *L.* 201. *D. de Verb. Sign.* und *L.* 62. *D. de legat.* 3. gemacht.

37) Man sehe hier **Joh. Christoph Quistorp** von den Gerechtsamen des schönen Geschlechts; (in **Desselben** kleinen

stimmung der besondern weiblichen Rechte verschiedene Gründe ihrer Legislation angegeben [38]).

1) Die erste und vorzüglichste Quelle ist unstreitig in dem eigenthümlichen Character des weiblichen Geschlechts, in ihrer körperlichen Beschaffenheit, und der Hauptbestimmung derselben zum Kindergebähren, und zur Besorgung des Hauswesens, zu finden. In dieser Rücksicht wird

a) den Frauenspersonen eine gewisse Schwäche des Geschlechts zugeschrieben, welche in unsern Gesetzen nicht nur als die Ursach angegeben wird, warum Frauenspersonen keine Bürgschaft gültig übernehmen können, sondern warum sie auch überhaupt von öffentlichen Aemtern ausgeschlossen sind [39]).

Unter jener Schwäche des Geschlechts, oder wie sich die Gesetze eigentlich ausdrücken, *sexus imbecillitas*,

nen jurist. Schriften. Bützow u. Wismar 1772. N. III. S. 69—93.) vorzüglich aber Carl Ludw. Christoph Röslins Abhandlung von den besondern weiblichen Rechten. I. Band. Mannheim 1775. II. Band. Ebendaselbst 1779. gr. 8.

38) Hiervon handelt *Henr. Theoph.* SCHELLHAFFER in Meditat. de origine ac fonte iuris circa mulieres diversi. *Lipsiae* 1738. Mit Vergnügen wird man jedoch auch den Aufsatz: Muß das weibliche Geschlecht mit dem männlichen durchgehends gleiche Rechte haben? in Kleins Annalen. Band 17. S. 202. ff. lesen.

39) *L. 2. D. ad SCtum Vellejan. L. 2. D. de Reg. Iur.*

tas [40]), *infirmitas foeminarum* [41]), ist jedoch nicht sowohl Mangel des Verstandes, als welcher ihnen von den Gesetzen keinesweges abgesprochen wird [42]), auch nicht natürliche Schwachheit des Körpers zu verstehen, sondern vielmehr

1) eine gewisse gutmüthige, dem weiblichen Geschlecht natürliche Neigung, sich andern gefällig zu beweisen, vermöge welcher sich Frauenspersonen, im Vertrauen auf die Redlichkeit Anderer, nur gar zu leicht pflegen zu Handlungen bewegen zu lassen, die ihnen zu großem Nachtheil gereichen können [43]). Aus diesem Grunde will daher der Vellejanische Rathsschluß die Frauenspersonen auch nur in den Fällen schützen, wo sie eine fremde Verbindlichkeit aus bloser Gefälligkeit übernommen haben, ohne daß sie dabey die Absicht und den Willen hatten, ihr Vermögen zu des Schuldners Besten aufzuopfern. Wegen eben dieser dem weiblichen Character eigenen Gutmüthigkeit sind ferner Frauenspersonen an vielen Orten einer beständigen Curatel untergeordnet.

2) Heißt auch Schwäche des weiblichen Geschlechts eine von der Erziehung sowohl als der diesem Geschlecht wesentlichen Bestimmung zum Kindergebähren herrührende Unfähigkeit, männliche Arbeiten, welche

40) *L.* 2. *§.* 2. *D. ad SCtum Vellej.*

41) Cit. *L.* 2. *§.* 3. *D. eodem.*

42) *L.* 12. *§.* 2. *D. de iudiciis.*

43) Man vergleiche hier vorzüglich Hrn. Prof. Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. (Schwerin und Wismar 1795. 8.) 3te Betrachtung. S. 23. u. folg.

welche eine ausdauernde Anstrengung des Körpers, und öffentliche Aemter, welche Einsichten und Gelehrsamkeit erfordern, zu versehen [44]). Deswegen sind zwar Frauenspersonen in der Regel von allen öffentlichen Aemtern ausgeschlossen, doch machen die Regentinnen hiervon eine sehr bedeutende Ausnahme [45]); so wie auch bey Vormundschaften die Mütter und Großmütter, als welche Vormünderinnen ihrer Kinder werden können, bekannten Rechten nach ausgenommen sind.

Dem weiblichen Character wird

b) eine vorzügliche Sittsamkeit und Schamhaftigkeit (pudicitia sexui congruens)[46]) zugeignet. Deswegen dürfen Frauenspersonen

1) überhaupt keine negotia virilia d. i. keine solche Geschäfte vornehmen, wobey die Gesetze nur Mannspersonen zulassen. So z. B. verbieten ihnen die Gesetze, für andere vor Gericht zu postuliren [47]); sie können ferner bey solchen Geschäften nicht Zeugen seyn, wo mehr als zwey Zeugen der Feyerlichkeit wegen erforderlich sind, z. B. bey Testamenten und Codicillen [48]). Wo es hingegen

44) Von dieser Sexus imbecillitas handelt SCHELLHAFFER in der angeführten Dissertat. §. VIII. sqq. sehr gründlich.

45) S. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band. §. 291. S. 22.

46) *L. 1. §. 5. D. de postulando.*

47) *L. 1. cit. D. de postul.*

48) *§. 6. I. de testam. ord. Bern. Henr.* REINOLDUS Variorum iur. civ. Cap. V. et VI. (in *Opuscul.* a IUGLERO edit. pag. 72. sqq.)

gegen blos auf Wahrheit ankommt, da ist das Zeugniß der Frauenspersonen eben so vollgültig, als das Zeugniß der Männer [49]). Nach teutschen Rechten machen auch Handelsgeschäfte eine Ausnahme von jener Regel, als von welchen die Frauenspersonen nicht ausgeschlossen sind. Es ist vielmehr zur Sicherheit und Begünstigung des Handels heutiges Tages der Grundsatz angenommen, daß alle diejenigen Rechtswohlthaten, die sonst den Weibern, wegen der Schwäche ihres Geschlechts, in Ansehung ihrer bürgerlichen Rechtsgeschäfte verliehen sind, solchen Frauenspersonen nicht zu statten kommen, welche entweder auf eigenen Gewinn und Verlust, oder gemeinschaftlich mit ihrem Manne, vermöge einer zu dem Zweck eingegangenen besondern Gesellschaft, Handlung treiben, und welche daher im eigentlichen Verstande Kauffrauen (*feminae mercatrices*) genennt werden [50]). Eine Kauffrau kann sich daher in Handelsgeschäften nach Wechselrecht verbinden [51]), und hat sie in Beziehung auf ihren Handel eine Bürgschaft übernommen, so kann sie sich auf den Vellejanischen Rathsschluß nicht berufen [52]).

2) Aus

49) *L.* 18. *D. de testibus. Iust. Henn.* BOEHMER Iur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. XX. §. 17. *Io. Henr.* BERGER Diss. de muliere teste (in EIUS *Dissertat. iur select.* pag. 779.)

50) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 292.

51) *Christ. Gottl.* RICCII Exercitat. iur. cambial. Exerc. V. Sect. II. *de feminis mercatricibus et non mercatricibus intuitu cambiorum.* pag. 62.

52) Schröters vermischte jurist. Abhandlungen. 1. Th. S. 64. ff. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band §. 292.

2) Aus eben dem Grunde der weiblichen Schamhaftigkeit verordnen ferner die römischen Gesetze, daß keine Frauensperson, wenn sie auch des schwersten Verbrechens schuldig wäre, ins Gefängniß gesetzt, sondern dieselbe entweder in einem Kloster verwahrt, oder andern sichern Weibern zur Aufsicht übergeben werden solle, damit ihre Keuschheit durch Inhaftirung nicht in Gefahr gesetzt werde [53]). Jedoch findet dieses Vorrecht des weiblichen Geschlechts nach der gegründeten Bemerkung practischer Rechtsgelehrten heutiges Tages nicht mehr Statt [54]).

Zu dem eigenthümlichen weiblichen Character gehört endlich

c) die frühere Mannbarkeit und Reife des weiblichen Geschlechts zur Kinderzeugung [55]). Sie werden daher um zwey Jahre eher mündig als Mannspersonen, können früher testiren, früher heyrathen u. d.

II) Eine andere Hauptquelle besonderer weiblicher Rechte ist die gesetzliche Oberherrschaft des Ehemanns

53) *Nov CXXXIV. cap.* 9. et *Auth.* Hodie novo iure *Cod. de custodia reor.*

54) Ludovici Einleitung zum peinlichen Proceß. Kap. 2 §. 8. Hymmens Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. IV. Samml. Nr. II. S. 29. und besonders v. Quistorps Abhandl. ob eine gefängliche Haft des Geschlechts wegen für bedenklich zu achten sey? (in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. LVI. oder IV. St. Nr. XI. nach der ersten Ausgabe.)

55) Franks System einer vollständigen medicinischen Policey. 1. Band. S. 251.

manns über die Frau, und die überhaupt durch die Ehe entstehende genaueste und innigste Vereinigung zwischen Eheleuten. Denn so wie deshalb zwar die Frau an der Würde und dem Stande des Mannes Antheil nimmt, dessen Namen führt, und den nämlichen Gerichtsstand hat; so entstehen daraus auch wieder auf der andern Seite manche unangenehme Folgen. Denn da die Frau selbst der Gewalt des Mannes unterworfen ist [56]), so kann sie keine solche Gewalt über ihre Kinder haben, dergleichen die Gesetze nur dem Vater geben. Eine wichtige Folge davon ist, daß Frauenspersonen keine suos herdes haben können [57]), *quia foeminae in potestate liberos non habent*, wie Justinian [58]) sagt. Da ferner die Ehefrau durch ihre Verheyrathung den Namen ihrer Familie mit dem Namen, Stand und Würde ihres Man-

56) Nach den Fragmenten des Antejustinianischen Rechts wurde eine Ehefrau, die sich in manu mariti befand, sogar wie eine filiafamilias angesehen. Man sehe CAII *Institut.* lib. II. Tit. VIII. princ. ULPIANI *Fragm.* Tit. XXII. §. 14.

57) ULPIANUS in *Fragm.* Tit. XXVI. §. 7. PAULUS in *L.* 4. *§.* 2. *D. de bonor. poss. contra tab.* AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. III. c. XXVI. n. 9. p. 490.

58) §. 3. *Inst. de heredum qualit. et diff.* Auch dies ist von wichtigen Folgen, denn aus dieser Ursach kann eine Mutter ihre Kinder rite präteriren, ohne daß das Testament deshalb nichtig wird, ihre Präterition hat die Wirkung einer Exheredation. *§. 7. I. de exheredat. liberor.* Aus eben dieser Ursach sagt PAULUS *L.* 4. §. 2. *D. de bon. poss. contr. tab.* ad testamenta foeminarum Edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet; und ein gleiches ist von der bonorum possessione unde liberi zu behaupten. S. SCHULTING *ad Ulpiani Fragm.* Tit. XXVI. §. 7. not. 24. (Iurisprud. Antej. p. 667.)

Mannes vertauscht, und die Kinder, welche die Hausmutter während der Ehe zur Welt bringt, nicht zu ihrer, sondern allemal zur Familie des Vaters gerechnet werden [59]), so erhält hieraus der Ausspruch Ulpians [60]) sein Licht, *mulier familiae suae finis est*; und eben dies ist auch der Grund, warum Frauenspersonen in Familien Fideicommisse und solche Güter, welche nach der Absicht des Erwerbers bey seiner Familie, das heißt, seinen männlichen Nachkommen unversehrt verbleiben sollen, so lang ein männlicher Successor vorhanden ist, weder succediren, noch solche Güter, wenn sie ausser der Familie veräussert worden sind, retrahiren können. Denn durch sie wird die Familie nicht erhalten [61]).

III) Daß endlich manche besondere weibliche Rechte nur Billigkeit zum Grunde haben, beweisen die Worte des K. Justinians [62]): *Quis mulierum non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa in legibus nostris inventa sunt privilegia*, ich will auch nicht gerade läugnen, daß Zärtlichkeit und Eifersucht, vielleicht auch Justinians Gemahlin die Theodora an einigen Vorzügen und Rechten des schönen Geschlechts Antheil haben könne [63]).

§. 117. b.

59) *L.* 196. *§.* 1. *D. de Verbor. Signif.*

60) *L.* 195. §. 5. *D. eodem.* GOEDDEUS in Comment. ad h. L.

61) Runde's Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 289. u. 290. und Danz im angef. Handbuch. 3. Th. §. 290.

62) *L.* 12. §. 1. *Cod. qui pot. in pignore.*

63) Röslin in der angeführten Abhandlung. 1. Th. S. 14. und 2. Th. S. 55.

§. 117. b.

III) Eintheilung der Menschen in Rücksicht auf den *statum integritatis*.

Ein dritter natürlicher Zustand ist der *Status integritatis*, in Ansehung dessen die Menschen in vollkommene, und unvollkommene eingetheilt werden [64]).

Vollkommene werden diejenigen Menschen genennt, die so wenig in Ansehung des Körpers, als der Seelenkräfte mit einem Mangel behaftet sind: und sind, in Rücksicht auf den körperlichen Zustand (*corporis sanitas*) betrachtet, gesunde, tüchtige Leute, in Absicht auf den Seelenzustand aber (*integritas mentis*), vernünftige Menschen, worunter man also diejenigen versteht, die den völligen Gebrauch der Vernunft haben.

Unvollkommene Menschen hingegen sind solche, die einen Mangel am Körper, oder an den Seelenkräften haben. Der körperliche Fehler ist entweder ein solcher, der beständig fortdauert, und unheilbar ist, oder er ist nur zeitig, und kann geheilet werden. Im ersten Falle nennt man solche Menschen, fehlerhafte, oder gebrechliche Personen, untüchtige Leute; (vitiosi) dergleichen z B. die Krüppel, Taube, Stumme, Blinde u. d. sind, im andern aber Kranke [65]).

Un-

64) S. *Io. Henr.* FALKENHAGEN Diss. de habitu status integritatis ad statum familiae in re tutelari spectato. *Goettingae* 1753. *Io. Frid.* WEIDLER Diss. Defectuum corporis contemplatio iuridica. *Vitemb.* 1738.

65) In der *l.* 101. *§.* 2. *D. de Verb. Signif.* wird *morbus* und *vitium* so unterschieden, daß durch ersteres eine temporalis corporis imbecillitas, durch letzteres aber ein perpetuum corporis

Unvollkommene in Ansehung der Seelenkräfte sind diejenigen, welche den vollkommenen Gebrauch ihrer Vernunft nicht haben, und diese werden *dementes* oder *mente capti* [66]) im weitläuftigen Sinne, Wahnwitzige, Blödsinnige, genennt, und sind wieder von sehr verschiedener Art. Denn der Mangel der gesunden Vernunft, und die Verwirrung der Seelenkräfte hat verschiedene Grade, und es ist schwer, einen richtigen Maasstab zu finden, um die Grade des Verstandes und dessen Mangel, oder auch die Verdunkelung und Verwirrung desselben deutlich zu bestimmen [67]). Man pflegt sie gemeiniglich in solche, die des Gebrauchs ihrer Vernunft gänzlich beraubt sind, und solche, die zwar Vernunft, aber nur in geringem Grade haben, einzutheilen. Erstere werden Sinnlose, oder Wahnsinnige [68]), *mente capti* [69]), *insa-*

poris impedimentum angezeigt wird. Bisweilen nehmen jedoch die römischen Juristen das Wort *morbus* in einer so weitläuftigen Bedeutung, daß auch vitium mit darunter verstanden wird. S. COELIUS SABINUS in *L. 1. §. 7. D. de aedilit. edicto*, und MASSURIUS SABINUS beym *Gellius* Noct. Attic. IV. 2.

66) S. STRYK Diss. de dementia et melancholia. Daß unter den *mente captis* in den Gesetzen zuweilen solche verstanden werden, die nur einen schwachen Verstand haben, und welche sonst Stupide oder Einfältige genennt werden, hat *Ulr.* HUBER in Digression. Iustinian. Lib. III. Cap. XVIII. §. 3. gezeigt.

67) S. Thomas Arnold Beobachtungen über die Natur, Arten, Ursachen und Verhütung des Wahnsinns und der Tollheit. 2 Theile. Leipzig 1784. u. 1788.

68) Wahnsinn heißt nämlich derjenige Zustand der Seele, in welchem dieselbe auf immer oder lange Zeit ganz unfähig

insani [70]), *fatui* [71]) genennt; und diese theilt man in *furiosos*, Tolle, Rasende, und *dementes* oder *mente captos* im eigentlichen Verstande, Alberne, Wahnwitzige ein; je nachdem sie sich bey ihrer Verstandlosigkeit entweder ruhig verhalten, oder nicht [72]). Allein die römischen Gesetze verstehen gewöhnlich unter einem *furioso* denjenigen, welcher bey seinem Wahnsinn Zwischenräume hat, wo er wieder ganz vernünftig ist, und dessen Herstellung daher mit Wahrscheinlichkeit gehoft werden kann; unter einem *mente capto* hingegen den, der seinen Verstand ohne Hoffnung der Besserung verlohren, und keine Intervallen bey seinem Wahnsinn hat [73]). Menschen die nur geringen Gebrauch ihres Verstandes und der Vernunft haben,

ist, sich richtige und bestimmte Begriffe zu bilden, und den Willen durch Vernunftgründe zu bestimmen. S. Kleins Annalen. 2. Band S. 191. und Kleinschrods syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 1. Th. §. 104.

69) *L. 9. C. de Impub. et aliis substitut.* **L. 25. C.** *de nupt.* FESTUS de Verb. Signif. v. *mente captus.*

70) *L. 7. §. 3. D. ad L. Iul. Majest. L. 1. Cod. si quis Imp. maledix.*

71) *L. 2. D. de postul. L. 21. D. de reb. auct. iud. possid.*

72) S. ZACCHIAE Quaestion. medico legal. Lib. II. T. I. qu. 9. nr. 3. 15. 16. und *Gust. Bernh.* BECMANNI Diss. de acquisitione hereditatis dementi delatae. (*Goettingae 1772.*) §. 2. et 3.

73) *L. 14. D. de off. praes. L. 8. §. 1. D. de tutor. et curat. dat. L. 22. § 7. et 8. D. Soluto matrim. L. 6. Cod. de curat. furiosi. L. 25. Cod. de nupt.* S. HUBER c. l. §. 2. VINNIUS in Comment. ad §. 4. I. de Curator. *Ev.* OTTO in Comment. ad eund. §. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 62. S. 84.

haben, werden in Einfältige, (*stupidos*) und kindische Personen eingetheilt 74). Erstere haben zwar Vernunft und Beurtheilungskraft, allein nur im geringern Grade, als andere Menschen, inzwischen haben sie Begriffe von Gegenständen, die in die Sinne fallen, haben auch Begriffe vom Guten und Bösen, und lassen sich durch Strafen in Zaum halten, obwohl sie selten Kennzeichen eines geübten Verstandes und einer reifen Beurtheilungskraft zu erkennen geben 75). Sie werden auch Blödsinnige im eigentlichen Verstande genennt 76). Kindische Personen hingegen haben nicht mehr Verstand als Kinder, und unterscheiden sich von diesen nur durch das Alter und durch den Gebrauch der Sprache, haben im übrigen eine schwache Beurtheilungskraft, so daß sie selten ihre Handlungen auf die gehörige Art und Weise verrichten, oder vernünftig handeln, desto häufiger und gewöhnlicher aber sich unordentlich und verkehrt in ihren Hand-

 lungen

74) Man sehe BECMANNI Diss. cit. §. 4.

75) Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 138. In den Römischen Gesetzen wird eine solche Einfalt oder Dummheit durch das Wort *rusticitas* ausgedrückt, und darunter nicht blos diejenige verstanden, die vom Mangel der Erziehung und Ausbildung herrührt, sondern auch diejenige, welche eine angebohrne Schwäche des Verstandes zum Grunde hat. *L. 7. §. 4. D. de iurisdict. L. 2. §. 1. D. Si in ius vocat. L. 1. §. ult. D. de edendo. L 3. §. 22. D. de SCto Silan.* S. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 129.

76) So werden im Preuß. Landrecht 1. Th. 1. Tit. §. 28. Blödsinnige diejenigen genennt, welchen das Vermögen, die Folgen ihrer Handlungen zu überlegen, mangelt.

lungen beweisen. Solche Personen werden daher mit den Sinnlosen in eine Classe gesetzt [77]).

Unter diesen Menschen, die wir jetzt in Rücksicht auf den *Statum integritatis* in vollkommene und unvollkommene eingetheilt haben, findet nun eine große Verschiedenheit der Rechte Statt.

I) Kranke [78]) sind entschuldiget, wenn sie eine Vormundschaft übernehmen sollen, auch wenn sie einen gerichtlichen Termin versäumen; sie bekommen auf ihr Gesuch einen Curator; sie dürfen ferner nicht gefoltert werden, in sofern sie durch den Gebrauch der Tortur unvermeidlichen Lebensgefahren ausgesetzt seyn würden. Sind solche Personen mit anhaltenden schweren Krankheiten behaftet, so werden sie zu den mitleidswürdigen Personen gerechnet, die einen befreyeten Gerichtsstand zu geniessen haben [79]).

II) Krüppel und gebrechliche Personen haben ebenfalls in vielen Stücken andere Rechte, als solche Menschen, die einen vollkommenen und wohlgebildeten Körper haben [80]). Denn erstere sind z. B. von der Lehnfolge aus-

77) STRYK Diss. de dementia. Cap. 3. §. 2.

78) *Io. Henr.* BERGER Diss. de privilegiis aegrotorum: in *Differtat. Select.* N. XVI.

79) *L. un. Cod. quando Imp. inter pupillos.*

80) *Christoph. Lud.* CRELL Diss. de corporis integri robusti et proceri privilegio. *Vitemb.* 1730. rec. 1746. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band §. 299.

ausgeschlossen [81]); können zum geistlichen Stand nicht ordinirt werden [82]), u. d. m. Auch haben Taube und Stumme, desgleichen Blinde bey Testamenten, Contracten, und in andern Fällen, z. B. wenn es auf Glaubwürdigkeit und Tüchtigkeit zum Zeugnißablegen, oder auf Fähigkeit zum Amt eines Fürsprechers vor Gericht u. d. ankommt, manche besondere Rechte, wovon wir zu seiner Zeit handeln werden [83]).

III) Rasende, wahnwitzige und kindische Personen können keine rechtliche Geschäfte und bürgerliche Handlungen gültig unternehmen, wozu der Gebrauch des Verstandes erfordert wird, es wäre denn, daß solches zur Zeit eines lichten Zwischenraums (dilucidi intervalli) geschehe, doch muß dieser Zwischenraum so lange anhalten, bis die ganze Handlung vollendet ist, und hinlänglich erwiesen seyn [84]). Nur zu einer solchen Zeit, sonst

 nicht,

81) *II. F.* 36. Sächs. Landrecht *lib. I. Art.* 4. Einen Commentar über diese letztere Stelle giebt Joh. Fried. Joachim in der fortgesetzten Sammlung vermischter Anmerkungen des Staats- und Lehnrechts. N. VI. §. 3. ff.

82) Vid. Tit. Decret. *de corpore vitiat. non ordinandis.*

83) *Sam.* STRYK Tr. de iure sensuum. Frfti 1701. 4. *Frid. Henr. Maximil.* KERSTEN Diss. de visu privatis eorumque iuribus. Lipsiae 1773. Joh. Paul Kreß jurist. Betrachtung von dem Recht der Taub- und Stummgebohrnen. Helmstädt 1765. 4.

84) *L. 9 C qui testam. facere poss.* Aus diesem Gesetz erhellet zugleich, daß die römischen Juristen darin uneinig gewesen, ob eine Handlung, die zur Zeit des dilucidi intervalli unternommen wurde, gültig sey? Man sehe davon *Em.* MERILLIUS in Exposition. in L. Decisiones Iustiniani N. XII.

nicht, können sie Verträge schliessen, Testamente machen u. d. m. [85]). Zu öffentlichen Aemtern sind sie jedoch schlechterdings untüchtig, ob sie gleich vernünftige Zwischenräume haben. Solche Personen können auch keine Rechte erwerben, wobey es auf eigene Willenserklärung ankommt, z. B. keine Erbschaft acquiriren, in sofern eine Antretung hierzu erforderlich ist [86]). Sie bekommen ferner einen Vormund; u. d. m. **Einfältige Personen** hingegen können zwar rechtliche Handlungen gültig vornehmen, wobey es eben nicht auf hellen Verstand ankommt, z. B. einen Contract schliessen, ein Testament errichten, doch ist man geneigter die Einrede des Betrugs und der listigen Ueberredung gegen ihre Geschäfte gelten zu lassen, als bey vollkommen vernünftigen Personen. Curatoren dürfen ihnen auch nur in dem Falle bestellet werden, wenn die Schwachheit des Verstandes zu einer solchen Stufe der Blödigkeit gestiegen, daß sie die Verwaltung des eigenthümlichen Vermögens behindert, sonst nicht [87]). Vorzüglich wichtig ist jedoch der Unterschied zwischen völlig wahnsinnigen, einfältigen und kindischen Leuten in peinlichen Fällen, wenn von Zurechnung und Bestrafung begangener Verbrechen die Rede ist; die Ausführung dieses Puncts gehört aber nicht hierher [88]).

Zum

85) *L. 2. C. de contrah. emtione.*

86) *L. 63. D. de acquir. vel omitt. hered. L. ult. Cod. de curat. furiosi.*

87) HOMMEL Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. II. Obs. 283. **Struben** rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 138. STRYK Diss. de dementia. Cap. 3. §. 9.

88) Man vergleiche indessen **Kleinschrods** syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 1. Th. §. 104. ff. und §. 129.

Zum Beschluß dieser Materie muß ich noch folgende Anmerkungen hinzufügen.

a) Im Zweifel vermuthet man von einem jeden, daß er den völligen Gebrauch des Verstandes und der Vernunft habe, bis das Gegentheil erwiesen ist [89]. Unsinn und Wahnwitzigkeit wird daher nie präsumirt, sondern muß von dem erwiesen werden, der aus diesem Grunde auf die Zernichtung eines rechtlichen Geschäfts dringt [90].

b) Ist es jedoch einmal entschieden, daß ein Mensch wirklich verrückt sey, so vermuthet man, daß er es immer sey, bis erwiesen worden, daß er Zwischenräume habe, wo er, vom Wahnsinn befreyt, seines Verstandes wieder mächtig ist [91]. Hierzu ist das Zeugniß des Richters oder Notarius hinreichend, wenn das Geschäft des Blödsinnigen, von dessen Gültigkeit die Frage ist, zur Zeit eines solchen lichten Zwischenraums vor demselben vollzogen worden ist. Sonst aber wird das Zeugniß und Gutachten eines Arztes erfordert. Dieses muß auch umständlich die körperliche Beschaffenheit, die Reden oder Handlungen enthalten, wor-

89) *Christoph. Lud.* CRELLII Observationes de probatione sanae mentis. *Vitembergae* 1737.

90) *L. 5. Cod. de codicill.*

91) *Christ.* THOMASII Diss. de praesumtione furoris atque dementiae. *Halae* 1719. In peinlichen Fällen findet jedoch diese Vermuthung nicht Statt, sondern hier muß allezeit der Gemüthszustand des Verbrechers zu der Zeit, da er die That begieng, untersucht werden. S. Kleinschrod a. a. O. §. 106.

aus der gesunde Verstand geschlossen werden soll [92]). Ein Beweis, der sich blos auf die Meinung gemeiner Zeugen gründet, ist nicht hinreichend [93]).

c) Es giebt Personen, welche in den Gesetzen den Wahnsinnigen gleichgeachtet werden. Dahin gehören diejenigen, welche für Verschwender gerichtlich erklärt worden sind [94]). Diese Vergleichung gilt jedoch nur, wenn von der Verwaltung ihrer Güter und den darauf sich beziehenden Handlungen die Rede ist, aber nicht bey Verbrechen [95]). Endlich

d) wenn Jemand durch Zufall seinen Verstand verliert, so verliert er damit nicht zugleich seinen Stand und Würden, oder die Rechte an seinem Vermögen [96]). Es werden auch diejenigen Rechtshandlungen dadurch nicht ungül-

92) S. *Io. Zach.* PLATNERI Progr. medicos de insanis et furiosis audiendos esse, (in SCHLEGEL *Collect. opuscul. select. ad medicin. forens. spectant.* Vol. II. N X.)

93) S. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge. 1. Th. §. 6. S. 12. u. 13.

94) *L.* 6. *D. de Verb. Obl.* *L.* 40. *D. de Reg. Iur.* *L.* 12. §. 2. *D. de tut. et curat. dat.* §. 1. 2. *I. quib. non est permiss. fac. testam.*

95) S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. in Tit. Pandect. de diversis regulis iuris. (*Genevae* 1653. 4.) ad *L.* 40. *h. t.* pag. 204. und besonders HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 249.

96) *L.* 20 *D. h. t.* Qui furere coepit, et statum et dignitatem, in qua fuit, et magistratum et potestatem videtur retinere: sicut rei suae dominium retinet. Adde *L.* 31. *§.* 4. *D. de usurp. et usucap.*

gültig, welche er vorher bey vollkommenen Verstande vorgenommen hat [97]).

Die Lehre von dem Unterschied der Personen in Absicht auf das Alter, welche der Ordnung nach eigentlich jetzt abgehandelt werden sollte, trägt unser Verfasser erst im folgenden Titel vor.

§. 118.

Status civilis der Römer. *I. Status libertatis.* Eintheilung der Menschen in Freye und Sklaven nach dem Röm. Rechte.

Der bürgerliche Zustand im Sinne des römischen Civilrechts ist nun dreyfach, der Zustand der Freyheit, (*status libertatis*) des Bürgerrechts, (*civitatis*) und der Familie (*familiae*). Von einem jeden derselben muß jetzt besonders gehandelt werden. Zuerst vom Zustande der Freyheit. In Absicht auf diesen war bey den Römern die Eintheilung der Menschen in Freye und Sklaven besonders wichtig. Sklaven (*Servi*) wurden nämlich diejenigen genennt, die sich in dem Eigenthum und der Gewalt eines Herrn befanden. Justinian sagt [98]): SERVITVS *est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur.* Constitutio iuris gentium heißt hier, die Sklaverey ist eine Anstalt, die sich bey allen gesitteten Völkern findet. Eben so erklärt es auch

97) §. 1. *I. quib. non est permiss. fac. testam.* Neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit. Adde *L.* 20. *§.* 4. *D. qui testam. fac. poss.*

98) §. 2. *I. de iure personar.*

Cajus [99]). *Contra naturam* aber heißt nicht, sie streitet gegen das Naturrecht, sondern sie ist keine natürliche, sondern eine blos zufällige Qualität des Menschen [100]). Denn von Natur sind alle Menschen frey, wie Justinian an einem andern Orte seiner Institutionen [1]) sagt. Sklaverey ist also der zufällige, bey allen gesitteten Nationen bekannte, Zustand eines Menschen, daß er sich in dem Eigenthum und der Gewalt eines Herrn befindet. Das Recht aber, über einen Menschen und dessen Kräfte, als über seine eigenthümliche Sache zu seinem Nutzen nach Gefallen zu disponiren, heißt *dominica potestas*, die Gewalt eines Herrn über seine Sklaven. Diejenigen, welche sich in einer solchen Gewalt nicht befanden, und also dem Eigenthum eines andern Bürgers für ihre Person nicht unterworfen waren, hießen freye Menschen, und waren entweder freygebohrne (*ingenui*) oder freygewordene (*libertini*). Einen Freygebohrnen nannte man einen solchen Menschen, der von einer freyen Mutter gebohren worden, wenn gleich desselben Vater ein Sklave gewesen seyn sollte. Ja man hatte zu Gunsten der freyen Geburt den Grundsatz angenommen, daß wenn die Mutter

99) L. 1. *§. 1. D. de his, qui sui vel al. iuris sunt.*

100) Man sehe hier vorzüglich *Ge. Steph.* WIESAND, oder vielmehr *Christ. Gottfr.* MEISSNERI Diss. de ortu et progressu servitutis secundum ius naturae et civile. *Lipsiae* 1762. §. X. XI. u. XII. Sonderbar ist die Erklärung des M. LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. lib. IV. Eccl. 11. pag. 427. wo er die Worte *contra naturam* erklärt contra libertatem animi, und die vorhergehenden Worte *qua quis* so verstehet: qua homo corporeus.

1) *§. 2. I. de iure nat. gent. et civ.*

ter nur entweder zur Zeit der Conception, oder zur Zeit der Geburt, oder während der Schwangerschaft einen Augenblick lang frey gewesen wäre, das von einer solchen Mutter gebohrne Kind für einen *ingenuus* gehalten werden sollte, wie aus dem Tit. *de ingenuis* der Institutionen bekannt ist.

§. 119.

Zustand der römischen Sklaverey.

Bey allen Veränderungen, die den Zustand der römischen Sklaverey von Zeit zu Zeit betroffen haben, bey allen Einschränkungen, die die neuere römische Rechtsgelehrsamkeit der herrschaftlichen Gewalt gesetzt hat [2]), ist es doch immer Grundsatz des römischen Rechts geblieben, daß Sklaven zwar Menschen, aber keine Personen im Staate sind [3]). Als Menschen betrachtet, ließ man ihnen daher diejenigen Rechte angedeyen, die nach dem Naturrecht unter Menschen Statt finden [4]). So war es z. B. nicht erlaubt, einen fremden Sklaven ohne rechtmässige Ursach zu tödten. Hatte ihn Jemand entleibt, und es war aus Fahrlässigkeit, oder aus einem groben Ver-

2) Zur allgemeinen Uebersicht aller vicissitudinum servitutis romanae empfehle ich die synchronistischen Tabellen in der oben schon angeführten Meißnerischen oder Wiesandischen Disputation.

3) *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Lib. I. Tit. 1 — 7.

4) *L.* 32. *D. de Reg. Iur.* Hierüber hat vortrefflich commentirt *Ge.* D'ARNAUD in Diss. de iure Servorum. (*Leovardiae* 1744. 4.) Cap. IV. et V.

Versehen geschehen, so verfiel der Thäter in die Strafe des Aquilischen Gesetzes [5]); hatte er ihn aber mit Vorsatz umgebracht, so wurde der Mörder eben so nach dem Cornelischen Gesetz vom Todtschlag gerichtet, als wenn er eine freye Person getödtet hätte [6]). So bestrafte ferner der Prätor die einem fremden Sklaven zugefügte Injurie [7]). Bey den Sklaven-Ehen kam nicht minder, wie bey den Bürger-Ehen, das Verhältniß der Blutsfreundschaft und Schwägerschaft in Betrachtung [8]). Auch das Zeugniß eines Sklaven war zulässig, wenn es an andern Beweismitteln mangelte [9]), nur daß die Tortur bey Sklavenzeugnissen die Stelle des Eides vertreten mußte [10]). Indeß konnte man doch dem Sklaven den Eid deferiren, und schwur derselbe, daß sein Herr nichts schuldig sey, so konnte sich nachher der Herr mit der Einrede des Eides schü-

5) *L. 2. pr. D. ad L. Aquil.*

6) *L. 1. §. 2. D. ad L. Cornel. de Sicar.* Und zwar hatte die Strafe des Cornelischen Gesetzes auch alsdann noch Statt, wenn gleich der Todschläger seiner Verbindlichkeit aus dem Aquilischen Gesetz schon ein Genüge geleistet hatte. *L. 23. §. 9. D. ad L. Aquil. §. 11. I. eodem.*

7) *L. 15. §. 35. D. de iniur.* Nach dem strengen Civilrecht hieß es zwar: *Servis ipsis nullam fieri iniuriam*, *§. 3. I. de iniuriis.* Allein der Prätor hat dies geändert. §. 7. *I. eodem.*

8) *L. 14. §. 2. et 3. D. de ritu nuptiar.*

9) *L. 7. D. de testibus.*

10) *L. 9. D. de quaestionib.* Man sehe auch *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. XIII. §. 15.

schützen [11]). Sklaven wurden auch aus ihren Vergehungen verantwortlich [12]), und wenn sie einen Contract mit Jemand geschlossen hatten, so entstand wenigstens daraus eine obligatio naturalis [13]). Daher konnten sich nicht nur andere für eine solche Schuld gültig verbürgen [14]), sondern hatte auch jemand für den Sklaven bezahlt, oder hatte der Sklave nach der Manumission selbst bezahlt, was er schuldig war, so hatte keine Zurückforderung Statt [15]).

Nur keine bürgerlichen Rechte gestattete man den Sklaven im Staate. Quod attinet ad *ius civile*, sagt Ulpian [16]), servi *pro nullis* habentur. Sie konnten daher keine öffentlichen Aemter bekleiden [17]), aus ihren Contra-

11) L. 23. L. 25. D. *de iureiur.*

12) L. 14. D. *de obligat. et action.*

13) L. 14. D. *cit.*

14) L. 13. D. *de condict. indeb.* §. 1. I. *de fideiuss.*

15) L. 13. D. *cit.* Nur gegen den Sklaven selbst fand keine Klage Statt, auch nicht einmal nach der Manumißion, wenn die Schuld in der Sklaverey gewirkt worden. PAULUS *Recept. Sentent. lib. II. tit. XIII.* §. 9.

16) L. 32. D. *de Reg. Iur.*

17) Hatte ein Sklave durch Irrthum oder Betrug, wie jener Flüchtling Barbarius Philippus beym Ulpian in *L. 3. de off. Praetor.* ein öffentliches Amt erschlichen, so änderte dies seinen Zustand nicht, *L. 11. C. de lib. caus.* obgleich dessen Handlungen, die er während seines Amts unter öffentlicher Auctorität verrichtet hatte, um des gemeinen Bestens willen nicht rescindirt wurden. *L. 3. cit. L. 2. C. de sentent. et interlocut. omnium Iud.* Man vergleiche *August.* CAMPIANI de officio et potestate Magistratuum Rom. et iurisdictione. (*Augustae Taurinor.* 1724. 4.) pag. 225—231.

tracten hatte keine bürgerliche Klage Statt, weder sie selbst konnten klagen, noch von andern vor Gericht belangt werden. Kurz, in Absicht auf den Staat waren sie keine Personen, weil sie den bürgerlichen Zustand (caput) nicht hatten, welchen die Römer in dem Genuß der Freyheit, des Bürgerrechts, und des Familienrechts setzten. Sie waren also gleichsam bürgerlich tod [18]). Man betrachtete sie in dieser Rücksicht nur als Sachen, die zum Nutzen und Gebrauch der Menschen dienten. Der Sklave hatte daher kein Eigenthum, setzte ihn jemand zum Erben ein, so gehörte die Erbschaft dem Herrn. Er hatte eben deswegen auch kein ius testamentifactionis, war im Commerz, sein Herr konnte ihn verkaufen, einem andern in Testament vermachen, verschenken, verpfänden u. d. [19]). Jedoch darf der Unterschied zwischen öffentlichen Sklaven (*Servi publici*) die zum Eigenthum des ganzen Staats gehörten, und privat Sklaven nicht ausser Acht gelassen werden [20]). Oeffentliche Sklaven konnten ein eigenes Vermögen erwerben, und auch ein Testament machen; sie durften wenigstens über die Hälfte ihres Vermögens einen letzten Willen errichten [21]). Allein dieses fiel bey privat Sklaven weg.

Nach

18) *L.* 209. *D. de Reg. Iur.*

19) S. *Laur.* PIGNORIUS Comm. de Servis et eorum apud veteres ministeriis. Amstelod. 1674.

20) D'ARNAUD cit. Dissertat. cap. XIV.

21) ULPIANUS in *Fragm.* Tit. XX. § 16. Servus publicus populi Romani parte dimidia testamenti faciendi ius habet.

Nach dem ältern römischen Rechte hatte der Herr sogar das Recht über Leben und Tod seiner Sklaven [22]; allein der Mißbrauch, den grausame Herren davon machten, verursachte, daß es unter den Kaisern abgeschaft wurde. Die *Lex Petronia* vom Jahr der Erb. Roms 737. für deren Urheber man den Tribun *L.* PETRONIVS hält [23]), verordnete zuerst, daß kein Herr seine Sklaven nach eigenem Gefallen zum Thiergefechte bestimmen sollte [24]). Hadrian nahm hierauf dem Herrn das Recht über das Leben seiner Sklaven ganz, und verordnete, daß wenn ein Sklave das Leben verwirkt hätte, der Richter das Todesurtheil sprechen sollte [25]). Kr. Antonin befahl auch, daß ein Herr, der ohne Ursache seinen Sklaven umgebracht hatte, eben so bestraft werden sollte, als wenn jemand einen fremden Sklaven getödtet hätte. Nicht weniger sollte ein Herr, der gegen seinen Sklaven körperliche Mißhandlungen verübt hätte, gezwungen werden, ihn zu verkaufen [26]). Dahingegen waren aber auch Sklaven verbunden, selbst mit Aufopferung ihres eigenen Lebens, den Herrn zu vertheidigen [27]). Sklaven, welche davon liefen, wenn ihr Herr

22) D'ARNAUD cit. Diss. cap. VI.

23) D'ARNAUD cap. VII.

24) L. 11. §. 1. 2. D. ad L. *Cornel. de Sicar.* Man sehe *Herm.* NOORDKERK Disquisitio de lege Petronia. *Amstelodami* 1731. 8.

25) SPARTIAN. *in vita Hadriani c.* 18.

26) L. 1. §. 2. L. 2. D. *de his, qui sui vel alien. iuris sunt.* §. 2. *I. eodem.*

27) L. 1. §. 28. D. *de SCto Silaniano.*

Herr in Lebensgefahr gerieth, da sie ihn hätten helfen können, wurden am Leben gestraft [28]).

Man wurde übrigens Sklave durch die Geburt von einer sklavischen Mutter, durch Gefangenschaft im Kriege, oder zur Strafe [29]). Dahin gehörte, wenn ein freyer Mensch, über zwanzig Jahre alt, sich hatte als Sklaven verkaufen lassen, um den Käufer zu betrügen [30]), — wenn eine freye Weibsperson nicht von einem fremden Sklaven ablassen wollte, nachdem ihr der Herr des Sklavens dreymal diesen Umgang untersagt hatte, vermöge eines gewissen Claudianischen Rathsschlusses [31]), welchen jedoch Justinian wieder aufhob [32]); — wenn ein Freygelassener sich undankbar gegen seinen Patron betrug [33]), — wenn ein römischer

28) PAULUS *Sentent. Recept. lib. III. Tit. V. §. 8.* L. 3. §. 4. *D. de SCto Silan.* Man vergleiche hierbey Westphal Theorie des R. R. von Testamenten. §. 1241. und folgg. S. 886. ff.

29) §. 3. *I. de iure personar.*

30) *G.* D'ARNAUD Diss. de his, qui pretii participandi causa sese venumdari patiuntur. Sie ist der oben Not. 4. angeführten Dissertat. beygefügt S. 84 — 128.

31) Eine vollständige Erläuterung dieses Claudianischen Rathsschlusses geben D'ARNAUD in var. coniectur. iuris civ. lib. I. cap. XX. p. 135 — 146. und *Andr. Guil.* CRAMER in Diss de SCto Claudiano ad Taciti Annal. XII. 53. praeside *Adolph. Frid.* TRENDELENBURG habita. *Kiliae Holsator.* 1782.

32) *§. 1. I. de successionib. sublat. quae fiebant per bonor. vendition. et ex SCto Claudiano.* Siehe auch MERCERIUS Opinion. lib. I. c. 9.

33) S. *Iac. Henr.* BORN Diss. de poenis ingratorum libertorum apud Romanos. Lipsiae 1738.

scher Bürger eines peinlichen Verbrechens wegen am Leben gestraft werden sollte. Im letztern Falle mußte man den Delinquenten zuvor für einen Sklaven erklären, und diese Art der Sklaverey hieß *Servitus poenae* [34]). Eine Folge derselben war die Confiscation der Güter. Justinian hat sie jedoch aufgehoben [35]).

Die Lehre von der Freylassung der Sklaven folgt erst im 40. Buch der Pandecten nach.

§. 120.

Zustand der teutschen Leibeigenschaft.

Auch in unsern Teutschland ist die Eintheilung der Menschen in freye und unfreye schon von den ältesten Zeiten her üblich gewesen [36]). Freye werden bey den Teutschen in der allgemeinen Bedeutung alle diejenigen genennt, welche von keinem Leibherrn abhangen [37]). Zu den Un-

34) §. 3. *I. quib. mod. ius pat. potest. solvitur.* L. 1. §. *ult.* L. 2. *D. de bon. poss. contra tab.* Von dieser Servitus poenae handelt sehr ausführlich WALCH in Diss. de donatione capite damnati. Ienae 1766. §. 2. Man vergleiche auch NOODT Probabil. Lib. III. cap. 12. und FINESTRES in Hermogeniano. T. II. pag. 688. sqq.

35) *Nov. XXII. cap.* 8.

36) S. *Christ.* THOMASII Diss. de hominibus propriis et liberis germanorum. *Halae* 1701. Ebendesselben Dissert. de usu practico distinctionis hominum in liberos et servos. *Halae* 1711. besonders aber Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band. §. 327.

37) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts. §. 327.

Unfreyen hingegen gehören vorzüglich die Leibeigenen. Es kann aber auch wahre Sklaven im Sinne des Röm. Rechts geben. Dahin gehören die Negersklaven, die zuweilen aus Holland und andern Reichen zu uns gebracht werden. Diese werden dadurch, daß sie nach Teutschland gebracht worden sind, nicht frey [38]). Ferner die in die Kriegsgefangenschaft der Teutschen gerathene Türken und Tartern. Denn da dieselben unsere Kriegsgefangenen zu Sklaven machen, so können wir mit den ihrigen auf gleiche Weise verfahren [39]). Beyde Arten der heutigen Sklaven werden nach dem Röm. Recht beurtheilt [40]).

Der Ursprung der heutigen Leibeigenen ist nicht von den ehemaligen römischen Sklaven herzuleiten [41]). Denn schon Tacitus [42]) lehrt sehr genau den Unterschied zwi-

schen

38) Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 70. Eben dieser Grundsatz galt auch Anfangs in den Preußischen Staaten, wie aus Hymmens Beyträgen zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 6. Samml. S. 296. erhellet. Allein in dem neuen Preuß. Gesetzbuche 2. Th. Tit. 5. §. 200. ist die Sklaverey völlig abgeschaft.

39) Reichsabschied vom Jahr 1542. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

40) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 12. et 13. und Höpfner a. a. O.

41) *Iust. Henn.* BOEHMER Tr. de iure et statu hominum propriorum a Servis germaniae non Romanis derivando, et de usu huius doctrinae. *Halae* 1754. 4. und Danz im Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 5. Band §. 536.

42) *De moribus Germanor.* cap. 25. Servis, non in nostrum morem descriptis per familiam ministeriis, utuntur. Suam quisque

schen den alten römischen und teutschen Knechten. Es dürfen daher auch die Grundsätze des Röm. Rechts auf unsere Leibeigene durchaus nicht angewendet werden, sondern es sind vielmehr die Rechte derselben theils aus den zwischen ihnen und dem Leibherrn geschlossenen Verträgen zu beurtheilen, theils nach den Eigenthumsordnungen und den Herkommen eines jeden Landes zu bestimmen.

Darinn haben zwar die **Leibeigenen der Teutschen** mit den Sklaven der Römer einige Aehnlichkeit, daß sie gleichsam als **Eigenbehörige**, und zwar an einigen Orten nur mit den Höfen, worauf sie gesetzt sind, an andern aber auch ohne das Gut, wozu sie gehören, an andere überlassen werden können. Allein sie können deswegen doch nicht so, wie die Röm. Sklaven, als Sachen betrachtet werden; sie sind vielmehr von denselben darin wesentlich unterschieden, 1) daß sie so gut Unterthanen und Mitglieder der bürgerlichen Staatsgesellschaft sind, als die Freyen, und daher, gleich denselben, den allgemeinen Schutz der Gesetze geniessen; und 2) daß sie alle gemeine, sowohl persönliche als dingliche Privatrechte, ausüben können, die mit den besondern Befugnissen des Leibherrn in keinem Widerspruche stehen [43]. Sie sind also keineswegen als ein völliges und uneingeschränktes Eigenthum ihrer Leibherrn anzusehen, sondern sie werden nur in sofern **Eigene** oder Eigenbehörige genennt, als man überhaupt nach dem teutschen Sprachgebrauche

que sedem, suos penates regit. Frumenti modum dominus, aut pecoris, aut vestis, ut colono, iniungit: et servus hactenus paret. Caetera domus officia uxor ac liberi exsequuntur.

43) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 5. Band §. 536. S. 464. f.

brauche gewohnt ist, jede Art eines auf der Sache oder Person haftenden dinglichen Rechts sein **Eigenthum** zu nennen.

So verschieden nun auch der Zustand der teutschen Leibeigenen nach Verschiedenheit der Länder und Orte in Teutschland ist, so besteht doch der wesentliche Character der **heutigen Leibeigenschaft** immer nur in einer strengern Verbindlichkeit zu Diensten und Zinsen, welche auf der Person des Verpflichteten, ohne Rücksicht auf den Besitz eines Guts, dergestalt haftet, daß derselbe ohne den Willen des Leibherrn sich nicht davon losmachen kann, und die auch, mit den aus diesem Verhältniß entstehenden Rechten, auf die Nachkommen desselben fortgepflanzt und vererbt wird [44].

Die aus der Leibeigenschaft entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten bestehen nun

I) auf **Seiten der Leibeigenen** darin:

1) sie dürfen sich ohne Vorwissen und Einwilligung ihres Leibherrn nicht verheyrathen, und müssen für diese Erlaubniß ein Stück Geld bezahlen, welches **Bedemund**, **Frauenzins**, **Klauenthaler**, **Hemdlacken**, **Hemdschilling**, **Mannthaler**, (*maritagium*, *marchetta* [45]), genennt wird. Solche Ehen haben übrigens die Wir-

44) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts. §. 536. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. § 297.

45) Die Etymologie dieser Wörter untersuchen *Io. Guil.* HOFFMANN Obſervation. iuris germ. Lib. I. cap. VII. pag. 81. ſqq. GRUPEN in uxore Theodisca cap. I. und PUFFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 66. und Tom. III. Obſ. 28.

Wirkungen rechtmässiger Ehen, und geben dem leibeigenen Ehemann die Rechte der väterlichen Gewalt über seine Kinder. Jedoch darf er die Kinder wider des Gutsherrn Willen nicht zu einer Lebensart bestimmen und erziehen, wodurch dem Herrn an seinen Rechten geschadet wird. Es sind auch die Eltern diejenigen Kinder, deren sie nicht selbst zu ihrer eigenen Haushaltung bedürfen, der Herrschaft auf derselben Verlangen vorzüglich in Dienst zu geben schuldig.

2) Sie dürfen sich ohne Bewilligung ihres Leibherrn von dem Hofe nicht wegbegeben, worauf sie gesetzt sind, noch sonst in andere Verhältnisse treten; z. B. nicht das Bürgerrecht oder Innungsrecht gewinnen, oder in Kriegsdienste treten.

3) Sie sind zu gewissen Diensten und Abgaben verpflichtet, deren Verbindlichkeit auf ihrer Person haftet. Daher werden sie Leibdienste, und Leibzinsen genennt. Die Dienste können durch Verträge, Gesetze, und Herkommen bestimmt seyn; wo es aber an solchen Bestimmungen fehlt, da können ungemessene Dienste gefordert werden [46]). Uebrigens aber können sie

4) sich ein eigenes Vermögen erwerben, und darüber sowohl unter den Lebendigen, als durch Testament verfügen, in sofern dadurch den Rechten des Leibherrn kein Eintrag geschieht [47]).

46) BOEHMER Diss. de iure et statu hominum propriorum. Sect. III. §. 13. MEVIUS P. IV. Dec. 131. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 303.

47) HOFACKER Tom. I. §. 301. und Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 552.

II. Die besondern Rechte des Leibherrn hingegen sind,

1) das Bedemundsrecht, d. i. das Recht, von dem Leibeigenen für die ihm ertheilte Erlaubniß zu heyrathen ein gewisses Geld zu fordern [48].

2) Das Besatzungsrecht, vermöge welchen er die Person seines Leibeigenen abfordern und gleichsam vindiciren kann, wenn dieser sich ohne Bewilligung des Leibherrn von dem Hofe entfernt hat, und zum Nachtheil desselben in andere Verhältnisse getreten ist [49].

3) Der Dienstzwang oder das Recht, den Leibeigenen zur ordentlichen Erfüllung seiner Dienstpflicht durch angemessene Züchtigungen anzuhalten [50]. Eine eigentliche Gerichtsbarkeit stehet jedoch deshalb der Herrschaft über ihre Leibeigenen nicht zu, in sofern sie ihr nicht besonders verliehen worden ist [51].

4) Das

48) Runde §. 544.

49) Runde §. 545.

50) Es giebt jedoch noch eine andere aus der Leibeigenschaft entstehende Art des Dienstzwanges, welche darin besteht, daß die Kinder der Leibeigenen, ohne Erlaubniß des Leibherrn, sich nicht bey anderen Herrschaften als Gesinde vermiethen dürfen. Runde §. 548.

51) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 303. not. c. Anderer Meinung ist jedoch Kopp in der ausführl. Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und Civilgerichte in den Hessen-Casselschen Landen. 1. Th. 3. St. 6. Abth. §. 276. S. 249.

4) Das Recht der Abäusserung, vermöge dessen der Leibherr den Leibeigenen von seiner Stätte aus rechtmässiger Ursache zu entsetzen befugt ist [52]). Endlich

5) das Recht, aus dem Nachlaß eines verstorbenen Leibeigenen das *mortuarium*, d. i. den Theil oder dasjenige Stück zu fordern, was dem Leibherrn nach besondern Verträgen, Gesetzen oder Herkommen vor allen andern Erben daraus gebührt. Dieses Recht wird im Teutschen das Hauptrecht, Trauerrecht, Waidmal, Erbrecht, die todte Hand, Baulebung, der Sterbe-Fall u. s. f. genennt [53]). Was und wie viel aber der Herr bekommt, ist nicht überall gleich.

Uebrigens entsteht die Leibeigenschaft

1) durch die Geburt von einer leibeigenen Mutter, nach dem Grundsatz: das Kind folgt dem Busen [54]).

 2) Durch

52) Runde §. 547.

53) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. de iure mortuario, in bonis defuncti hominis proprii, eius domino competente, vulgo Haupt-Recht, Haupt-Fall. *Tubingae* 1685. (in EIUS *Dissertat. academicar.* Vol. II. N. LIX. p. 577—664.) Carl Gottlieb Knorrens kurze Nachricht von dem Ursprung und Beschaffenheit des Erbrechts, oder Hauptfalls, auch Untersuchung der Ursache, warum dieses Recht todte Hand genennet worden sey? (in Desselben rechtlichen Anmerkungen, Halle 1752. 8. N. XXII.) Westphal teutsches Privatrecht. 1. Th. 38. Abhandl. S. 421. und Bodmanns historisch-jurist. Abhandlung von dem Besthaupte. Maynz 1794. 8.

54) Röslins Abhandlung von den besondern weiblichen Rechten. 1. Band. 2. Buch. 5. Abschn. §. 5. ff. S. 242. ff. Runde §. 539.

2) Durch Ergebung, wenn man sich freywillig in die Leibeigenschaft begiebt [55]). Dies geschieht entweder

a) ausdrücklich, durch einen Ergebebrief; oder

b) stillschweigend,

α) wenn sich ein freyer Mensch wissentlich zu einer Person leibeigenen Standes auf ein eigenbehöriges Gut begiebt, und sie mit Einwilligung des Leibherrn heyrathet; nach dem bekannten Sprüchwort: Tritst du mein Huhn, so wirst du mein Hahn; oder die unfreye Hand zieht die freye nach sich [56]).

β) Wenn man sich wissentlich an einem Orte niederläßt, wo die Luft eigen macht, und daselbst Jahr und Tag gewohnt hat [57]).

γ) Wenn man ein Gut wissentlich erwirbt, dessen Besitz die Leibeigenschaft nach sich zieht [58]).

3) Durch Verjährung, wenn Jemand dreyßig Jahre die Pflichten eines Leibeigenen ohne Widerspruch verrichtet hat [59]).

Den Leibeigenen werden nun die Freyen entgegengesetzt, und diese sind entweder Freygebohrne, *ingenui*, oder

55) *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de servitutis per pactum constitutione. *Lipsiae* 1736. *Io. Phil.* CARRACH Diss. de addictione in servitutem spontanea. *Halae* 1753.

56) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. Nr. XVIII. S. 75. Runde §. 540.

57) Eisenhart a. a. O. Nr. XVII. S. 73. Runde §. 541.

58) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 300.

59) Runde §. 543.

oder Freygelassene, *libertini*. Freygebohrne wurden nach ursprünglich teutschen Rechten nur diejenigen genennt, welche nicht nur von freyen Eltern in einer rechtmässigen Ehe waren erzeugt worden, sondern deren Großeltern von väterlicher und mütterlicher Seite auch schon eine freye Geburt gehabt hatten [60]). Von diesen sagte man, daß sie unbescholten an ihrer Geburt wären, und nannte sie, weil über eine solche freye Geburt nichts gieng, Höchstfreye [61]). Freygelassene hingegen wurden diejenigen genennt, welche entweder selbst erst aus der Leibeigenschaft auf rechtmässige Art waren entlassen worden, oder deren Eltern oder Großeltern, entweder beyder oder wenigstens einer Seits, die Freylassung erhalten hatten [62]). In dem letztern Falle hat man sie unterscheidungsweise auch Mittelfreye [63]) genennt. Heutiges Tages beurtheilt man jedoch die Freygebohrenheit mehr nach Römischen, als ursprünglich teutschen Begriffen [64]).

60) SELCHOW lib. sing. de iuribus ex statu ingenuorum in Germania pendentibus. Cap. I. *Ge. Lud.* BOEHMER Progr. de ingenuorum natalium probatione. *Goettingae* 1761. und Ebenderselbe in Diss. de impari matrimonio et iure liberorum ex eo natorum circa success. feudal. §. VI. sq. Man vergleiche auch Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 3. Band §. 328.

61) Sachsenspiegel B. I. Art. 51. und Schwabenspiegel Kap. 50. (edit. *Labr.*) §. 2.

62) BOEHMER in der angeführten Dissertat. §. VII.

63) *Ge. Frid.* WACHE in Diss. de voce Mittelfreyen. Halae 1763. Adde GEBAUERI Commentat. de libertinitate veterum Germ. *Goettingae* 1759.

64) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts. §. 328.

§. 121.

Zustand des heutigen Miethgesindes.

Weder mit den römischen Sklaven, noch den teutschen Leibeigenen ist das heutige Miethgesinde zu verwechseln. Man versteht darunter diejenigen Personen der häuslichen Gesellschaft, welche sich bey einer Hausherrschaft auf längere bestimmte Zeit zur Leistung häuslicher Dienste gegen einen Lohn und Kost vermiethet haben. Dahin gehören unsere Knechte, Mägde, Kutscher, Bediente, Köchinnen u. s. f. Sie werden auch Dienstboten, oder Domestiquen genennt [65]), und sind freye Leute, deren Rechte und Verbindlichkeiten theils aus dem Miethcontract, den sie mit ihrer Herrschaft geschlossen haben, theils aus den besondern Gesindeordnungen, theils aus dem Gewohnheitsrecht eines jeden Orts beurtheilt werden müssen [66]). Im Allgemeinen bestehen

I) ihre

65) Man vermische damit nicht den römischen Begriff von *domesticis.* Die Römer verstanden nämlich darunter alle diejenigen, welche zu dem Hause eines Paterfamilias gerechnet wurden, und in dieser Rücksicht auf irgend eine Art mit demselben in Verbindung standen. Man rechnete daher zu denselben nicht nur alle Arten von Knechten, sondern auch den Hausvater selbst, Haussöhne und Töchter, Schwestern und Brüder; und auch die Hausfrau. S. *Ian.* LANGLAEUS in Semestr. Lib. III. c. 2. Der Unterschied ist besonders beym Hausdiebstahl von Wichtigkeit. S. GÜNTHER Diss. de furto domestico. *Lipsiae* 1785.

66) Die beste Schrift hiervon ist Johann Lorenz Dorn's Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts. Erlangen 1794. 8.

I) ihre Pflichten darin.

1) Dienstboten sind verbunden, ihrer Herrschaft diejenigen Dienste zu leisten, wozu sie sich vermiethet haben, ja sie müssen sich allen erlaubten häuslichen Verrichtungen nach dem Willen der Herrschaft unterziehen, insofern sie nicht ausschliessend zu gewissen bestimmten Geschäften gemiethet worden sind [67]).

2) Sie sind schuldig, ihre Dienstgeschäfte mit Treue, Fleiß und Aufmerksamkeit zu verrichten, und müssen daher jeden aus Vorsatz, oder durch grobes oder mässiges Versehen, verursachten Schaden ersetzen. Ein geringes Versehen hingegen vertreten sie anders nicht, als wenn sie entweder gegen den ausdrücklichen Befehl der Herrschaft gehandelt, oder sich ungeheissen in ein Geschäft eingemischt haben, das nicht zu ihrem Dienst gehörte, oder zu solchen Arten von Geschäften angenommen sind, die einen vorzüglichen Grad von Aufmerksamkeit oder Geschicklichkeit voraussetzen. Hätte ein Dienstbote auf Befehl seiner Herrschaft ein ausserordentliches und schweres Geschäft übernehmen müssen, welches er nicht verstand, und wozu er auch nicht angenommen war, so darf er nur für grobes Versehen haften [68]).

3) Das Gesinde ist verbunden, die Miethzeit auszuhalten, es müßten denn solche Umstände eintreten, um deren willen der Miethvertrag früher aufhörte. Dahin gehört,

a) wenn

67) Dorn in dem angef. Versuch §. 81. S. 200.

68) Dorn §. 89 — 92.

a) wenn die Herrschaft das Gesinde mit ungewöhnlicher Härte behandelt, es geschehe nun solches durch wirklich verübte grobe Thätlichkeiten, oder durch ausgestossene harte Schmähreden und Beschimpfungen, oder durch Auflegung unerträglicher und ausserordentlich harter Arbeiten u. d.[69]).

b) Wenn die Herrschaft in gänzlichen Verfall des Vermögens geräth, und daher nicht mehr im Stande ist, das Gesinde zu ernähren[70]).

c) Wenn dieselbe ihren Wohnort verändert, oder auch auf lange Zeit verreiset[71]); und

d) wenn das Gesinde durch anhaltende Krankheit verhindert wird, seinen Dienst zu verrichten[72]).

Endlich 4) sind auch Dienstboten noch vorzüglich zum Gehorsam und Ehrerbietung gegen ihre Herrschaft verbunden. Denn ohne diese Pflicht wäre Ruhe und Ordnung so wenig, als Wohlstand des Hauswesens möglich[73]).

Ob der Herrschaft wegen irgend einer Verletzung dieser Pflichten, das Recht zustehe, die Dienstboten zu züchtigen, darüber sind die Rechtsgelehrten getheilter Meinung. Einige[74]) wollen ihr dieses Recht ganz absprechen, dahingegen

69) Dorn §. 189.

70) Dorn §. 191.

71) Dorn §. 190.

72) Dorn §. 187.

73) Dorn §. 77. u. §. 78.

74) STRYK in Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 12. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts. 2. Th. S. 356.

gegen andere [75]) diese Befugniß für unbezweifelt halten. Nun liegt zwar freylich in dem Miethcontract kein Grund zu dieser Befugniß. Es ist auch in den gemeinen Rechten kein Gesetz vorhanden, welches für die Herrschaft spräche [76]). Die Analogie von Sklaven und Leibeigenen paßt auch nicht auf unser Gesinde. Da inzwischen bey manchem rohen Gesinde der Endzweck des Miethcontracts unmöglich zu erreichen wäre, wenn die Herrschaft um jeder Verschuldung, oder Widerspenstigkeit desselben, oder Uebertretung ihrer Befehle willen, ihre Zuflucht zum Richter nehmen, und bey demselben klagen müßte; so ist heutiges Tages sowohl durch Gewohnheit, als durch die meisten Dienstordnungen der Herrschaft eine mäßige Züchtigung erlaubt [77]). Sollte jedoch dieselbe von der Herrschaft überschritten, und das Gesinde gemißhandelt werden, so hat es keinen Zweifel, daß die

75) MEVIUS ad Ius Lubec. P. III. Tit. VIII. Art. 10. nr. 13. sqq. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XVI. med 4 und Vol. VIII. Specim. DXLVI. med. 15. MÜLLER ad *Leyserum* Obs. 86. Struben rechtliche Bedenken Th. III. Bed. 39. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 70. S. 99. u. a. m.

76) *L. un. C. de emendat. servor.* gehört so wenig als *L. un. C. de emendat. propinquor.* hierher, denn das erstere Gesetz redet von Sklaven, letzteres aber von minderjährigen Verwandten, welche unartig sich betragen. *L.* 13. §. 4. *D locati* erlaubt auch nur einem Lehrmeister den ihm übergebenen Lehrpurschen durch vernünftige Züchtigung zum Fleiß, Aufmerksamkeit und Ordnung anzuhalten; redet also ebenfalls nicht vom Miethgesinde.

77) Dorn in dem angef. Versuch §. 112—116. Man sehe auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten. 2. Th. 5. Tit. §. 77.

die Herrschaft nicht nur zur Ersetzung aller Schäden und Unkosten, sondern auch zu jeder andern rechtlichen Genugthuung angehalten werden könne [78].

II) Die Pflichten der Dienstherrschaft hingegen sind im Allgemeinen folgende.

1) Jede Herrschaft ist schuldig, dem Gesinde die bedungene Kost, Lohn, und Kleidung, wie auch die versprochenen Geschenke, zu den bestimmten Zeiten promt zu entrichten [79]. Kleidung findet zwar der Regel nach nur bey den sogenannten Livreebedienten Statt. Kost und Lohn aber gebührt allen Dienstboten, und versteht sich auch ohne Verabredung von selbst. Erstere kann jedoch dem Gesinde entweder in Natur gereicht, oder im Gelde entrichtet werden, je nachdem es ausgemacht worden ist, nur muß sie in jenem Falle in den jeden Orts gewöhnlichen Speisen bis zur Sättigung gegeben werden. Der Lohn hingegen wird im Gelde bezahlt, und durch den Vertrag festgesetzt, wofern er nicht entweder durch ein ausdrückliches Gesetz, oder durch eine Gewohnheit schon bestimmt ist.

2) Darf die Herrschaft das Gesinde nicht ohne Ursache, und um jeder Kleinigkeit willen mit empfindlichen Schlägen, und Schimpfworten tractiren [80]. Denn wenn gleich das Verhältniß der Dienstboten gegen ihre Herrschaft nicht

78) LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XVI. med. 4. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 309. Dorn in dem angef. Versuch §. 118.

79) Dorn §. 125 — §. 151.

80) Dorn §. 153.

nicht füglich zuläßt, daß erstere wegen jeder geringfügigen Beleidigung mit Injurienklagen wider die letztere zugelassen werden [81]), so berechtiget doch üble Behandlung des Gesindes, der Herrschaft vor der Zeit den Dienst aufzusagen.

3) Sie muß ihm nicht mehrere noch schwerere Arbeit aufbürden, als das Gesinde nach seiner Leibesbeschaffenheit und Kräften, ohne Verlust seiner Gesundheit, bestreiten kann. Auch ist sie

4) schuldig, für Cur und Verpflegung des Gesindes zu sorgen, wenn es sich durch den Dienst oder bey dessen Gelegenheit eine Krankheit zuzieht, ohne ihm desfalls etwas an seinem Lohne zu kürzen [82]). Nicht minder ist

5) die Herrschaft verbunden, den Schaden zu ersetzen, den das Gesinde im Dienst durch dieselbe an seinen Sachen erlitten hat [83]). Sie ist endlich auch

6) schuldig, das Gesinde so lange, als die gewöhnliche oder verabredete Dienstzeit dauert, zu behalten, wofern nicht rechtmässige Ursachen vorhanden sind, welche die Herrschaft berechtigen, den Vertrag vor Ablauf der bestimmten Zeit aufzuheben. Setzt sie das Gesinde ohne erhebliche und recht-mässige

81) LEYSER Vol. VIII. Specim. DXLVI. medit. 13. sq. und Weber über Injurien und Schmähschriften. 1. Abth. §. 13. Not. 8. S. 212.

82) WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 107. und Dorn §. 155. Man sehe auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten 2. Th. 5. Tit. §. 86. und 87.

83) Fischers Lehrbegriff sämmtlicher Kameral- und Policeyrechte. 1. B. §. 1342. Dorn §. 161.

mässige Ursache zur Unzeit ausser Dienst, so muß sie ihm nicht nur den vollen Lohn entrichten, sondern auch allen anderweitigen Schaden ersetzen [84].

§. 122.

Zustand der heutigen Bauern in Teutschland. Begriff und Eintheilung derselben.

Einen Mittelstand zwischen vollkommen freyen Leuten und Leibeigenen machen, wenigstens in der Regel, die heutigen gemeinen Bauern in Teutschland aus. Ein grosser Theil derselben stammt zwar von den ehemals freygelassenen Leibeigenen unserer Vorfahren her [85]; deswegen aber läßt sich doch keinesweges behaupten, daß unsere heutigen Bauern alle ehedem leibeigen gewesen sind, indem uns vielmehr die Geschichte der Teutschen lehrt, daß der Unterschied zwischen freyen und leibeigenen Bauern von den frühesten Zeiten an Statt gefunden habe [86].

Der Name Bauer, Landmann, (*rusticus, ruricola*) pflegt zwar in der allgemeinen, auch selbst in dem Röm. Rechte nicht unbekannten Bedeutung allen denen beygelegt zu werden, welche ausser den Städten wohnen, und das Land

84) Dorn §. 162.

85) *I. H.* BOEHMER Diss. de imperfecta libertate rusticor. in Germ. in *Exercitat. ad Pand.* T. I. pag. 845. sqq. von Buri Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehenrechts. IV. Fortsetzung S. 32. ff. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 484 u. 485.

86) Man sehe hier vorzüglich Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 5. Band §. 484.

Land bauen [87]). Allein dagegen ist schon von Westphal [88]) mit Recht erinnert worden, daß in der eigentlichen Bedeutung des heutigen teutschen Privatrechts Wohnung und Beschäftigung eben so wenig, als Kleidung und Sitten den unterscheidenden Character eines Bauer bestimmen, sondern allein der Besitz eines Bauerguts oder einer Bauerländerey hier alles entscheide [89]). Ein Bauergut aber, oder eine Bauerländerey ist ein solches Grundstück, welches zum Ackerbau und Viehzucht bestimmt, zugleich aber, ausser den gemeinen Steuern, auch den besondern bäuerlichen Lasten unterworfen ist [90]). Diese besondern bäuerlichen Lasten oder Beschwerden bestehen bekanntlich in Grundzins und Frohndienst. Wer nun also ein solches Bauergut, oder Bauerländerey im eigenen Namen besitzt, wird im rechtlichen Sinne ein Bauer genennt. Es kommt nicht darauf an, wie viel er besitzt; inzwischen pflegt man doch diejenigen im vorzüglichen Verstande Bauern zu nennen, deren Gut und Länderey so beträchtlich ist, daß sie darauf ein Paar Ochsen, oder zwey bis vier Pferde halten können [91]). Eine Gemeinheit von solchen Ländereybesitzern, oder Bauern, die zum Ackerbau und Viehzucht vereiniget ist, wird ein

Dorf

87) S. *Wolfg. Frid.* SCHROEDTER Disp. de notione rusticorum Germaniae. *Goettingae* 1743.

88) im teutschen und reichsständischen Privatrecht. 1. Th. 26 Abhandlung S. 241. u. ff.

89) Ihm stimmen auch Runde in den angef. Grundsätzen §. 482. und Danz im Handbuch §. 482. bey.

90) von Buri ausführliche Abhandlung von den Bauergütern, mit Anmerkungen von Hofr. Runde. Giessen 1783. 4.

91) S. Westphal a. a. O. §. 2.

Dorf [92]) genennt. Man theilt zwar in Teutschland die Dörfer in unmittelbare oder Reichsdörfer, und mittelbare Dörfer ein. Reichsdörfer werden nämlich diejenigen Dorfschaften genennt, welche dem Kaiser und Reiche unmittelbar unterworffen sind, und denen selbst die Rechte der Landeshoheit, soweit sie solche noch in Ausübung zu bringen vermögen, zustehen [93]). Mittelbare Dörfer hingegen sind solche, die der Landeshoheit der teutschen Reichsstände, oder doch der Gewalt anderer Unmittelbaren unterworffen sind [94]). Allein die Einwohner der Reichsdörfer werden nur im uneigentlichen Verstande Reichsbauern genennt, in den Reichsgesetzen aber und in den Actis publicis nie mit diesem Namen belegt [95]). Sie sind vielmehr Reichsfreye Leute, die von allen sonst gewöhnlichen Bauerdiensten und Frohnen, wie solche nur Namen haben mögen, frey sind, da sie weder einen Landes-, noch Guts- und Gerichtsherrn haben, welchem sie dergleichen Dienste leisten könnten [96]).

Die

92) FRITSCH de statu et iure pagorum Germaniae. Westphal a. a. O. §. 5.

93) S. Ernst Ludw. Wilhelm von Dacheröden Versuch eines Staatsrechts, Geschichte und Statistik der freyen Reichsdörfer in Deutschland. 1. Th. Leipzig 1785. 8. 1. und 3. Kap.

94) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 1. Band §. 74.

95) Gottl. Aug. Jenichen Abhandlung von den Reichsdörfern, und Reichsfreyen Leuten. Leipzig 1768. 4. S. 40. Dacheröden a. a. O. 1. Kap. S. 43. f.

96) Dacheröden a. a. O. Kap. 3. S. 97.

Die gemeinen Bauern, oder die Bewohner der mittelbaren Dörfer in Teutschland, unterscheiden sich nun insonderheit von den Leibeigenen darinn, daß sie, in Ansehung ihrer Person freye Leute sind. Ihre Verpflichtung zu Diensten und Abgaben haftet blos auf dem Besitz eines Guts, und dauert daher auch nicht länger, als so lange sie das Gut besitzen. Sie können also, auch wider ihres Gutsherrn Willen, wegziehen, und den Ort ihrer Geburt und Bestimmung verlassen, welches hingegen bey den Leibeignen darum nicht Statt findet, weil bey denselben die Dienst- und Zinspflicht auf der Person selbst, ohne Rücksicht auf den Besitz eines Guts, haftet. Die gemeinen Bauern können auf verschiedene Art eingetheilt werden. Betrachtet man sie

1) in Absicht auf ihr Verhältniß zum Staate, so sind sie entweder solche, die der höchsten Territorialgewalt unmittelbar, oder solche, die dieser nur mittelbar unterworfen sind, und welche also ausser ihrem Landesherrn auch noch einen Gutsherrn haben, dem sie die gewöhnlichen Bauern-Präftanda zu entrichten schuldig sind. Jene werden herrschaftliche Bauern, oder Cammerbauern genennt, weil sie nicht nur das, was sie als Unterthanen zu steuern und zu leisten schuldig sind, sondern auch alles, was sie als Bauern leisten müssen, dem Landesherrn oder seiner Cammer zu entrichten haben [97]). Die letztern hingegen werden Patrimonialbauern genennt, und sind nach Verschiedenheit ihrer Gutsherrschaft entweder adeliche Hintersassen, oder Pfarr- und Stiftsbauern, u. dgl. [98]).

 2) In

97) Danz Handbuch 5. Band §. 487.
98) Danz Handbuch 5. Band §. 488.

2) In Ansehung der Güter, welche sie besitzen, werden sie in grosse und kleine Bauern eingetheilt. Zur Classe jener erstern werden alle diejenigen gerechnet, welche nach der Beschaffenheit und den Bedürfnissen ihrer Landwirthschaft Zugvieh, nämlich Pferde oder Ochsen, halten müssen. Diese werden deshalb Anspänner, Fuhrleute, oder Ackerleute genennt, und sind nach der Grösse ihrer Güter, und der Zahl der Pferde oder Ochsen, deren sie bey ihrer Landwirthschaft bedürfen, entweder Vollspänner, oder Halbspänner, oder Viertelsspänner; die nähern Bestimmungen dieses Unterschieds hängen jedoch von eines jeden Landes besonderm Gebrauche ab [99]. Zur Classe der kleinen Bauern werden hingegen diejenigen gerechnet, die nicht soviel Länderey besitzen, daß sie darauf Zugvieh halten können. Diese werden Köter, oder Koßathen [100], ferner Brinksitzer, Hintersattler, Häußler und Gärtner genennt [1].

§. 123.

Von den Diensten und Frohnen der teutschen Bauern, und deren mancherey Arten.

Es gehört nun also zu den wesentlichen Kennzeichen der teutschen Bauern, daß sie wegen des Besitzes ihrer Güter ver-

99) Danz §. 489.

100) Kothe oder Köthe heißt ein Haus in der Gemeinde-Markung. S. Westphals teutsches Privatrecht 1. Th. Abh. 27. Anmerk. 5. S. 256. Der Name Koßate kommt von *casa* und *casata* her. S. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 108.

1) Danz §. 490.

verpflichtet sind, zum Nutzen der Gutsherrschaft Dienste zu leisten, welche man Frohnen oder Frohndienste nennt [2]). Man vermische diese Bauer-Frohnen nicht mit andern Diensten, zu welchen die Bauern entweder als Unterthanen, oder als Mitglieder einer Dorfgemeinde verbunden sind. Jene werden Landfrohnen oder Landfolgen genennt, und darunter diejenigen Dienste verstanden, welche der Landesherr, vermöge der Landeshoheit, von den Bauern fordert, und die diese, als Unterthanen, zum Besten des Landes leisten müssen. Dahin gehören die Kriegsfuhren, Schanzarbeiten, Wegebesserung und überhaupt alle diejenigen Dienste, welche die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, und die Beförderung der gemeinen Wohlfarth des Landes erfordert [3]). Diese hingegen werden Gemeinde- oder Reihedienste, Communfrohnen genennt, und bey deren Repartition unter die Gemeindemitglieder ist vorzüglich auf die individuelle Verfas-

L 3 sung

2) S. Joh. Leonh. Hauschild Abh. von Bauern und deren Frohndiensten. Dresden u. Leipzig 1771. B. Fr. R. Lauhn von den Frohndiensten der Teutschen. Frankfurt 1760. und mit Anmerkungen und Urkunden vermehrt von Kuhn. Weißenfels und Leipzig 1795. 8. PUFFENDORF Obſervat. iuris univ. T. I. Obſ. 121. LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. CCCCXVI. — CCCCXX. und *Henr. Ad.* LEHZEN Diſſ. de vero et originario fundamento obligationis ruſticorum ad operas et cenſum praeſtandum. *Goett.* 1793.

3) Man sehe Weckherlins Darstellung der Grundsätze, nach welchen Frohndienste, und insbesondere Landesfrohnen auszutheilen und auszugleichen sind. Stuttgard 1798. u. Frid. von Bülow's und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Nr. 22. S. 122 ff.

sung einer jeden einzelnen Gemeinheit zu sehen [4]). Man rechnet hierher gewöhnlich nicht nur die zur Erhaltung der Gemeindewege und Gemeindebrücken erforderlichen Dienste, sondern auch diejenigen, welche der Bauer, als Parochian, z. B. bey dem Bau der Kirche oder Pfarrwohnung, ferner bey Kirchenvisitationen zu leisten verbunden ist [5]).

Die Frohndienste der Bauern sind nun von verschiedener Art. Man theilt sie

a) nach Verschiedenheit der Art, wie sie geleistet werden, in Spann- oder Zugdienste, und in Hand- und Fußdienste ein, je nachdem sie entweder mit Zugvieh, oder ohne solches entweder mit der Hand, wie z. B. das Schneiden oder Mähen des Getraides, Dreschen, u. dgl. oder blos zu Fuße, wie z. B. das Botenlaufen, verrichtet werden. Diejenigen Bauern die zu Spanndiensten oder auch zu Spann- und Handdiensten zugleich verpflichtet sind, werden Spänner, Spann- oder Pferdefröhner genennt. An einigen Orten, wo die Dienste der Bauern nicht nach Tagen, sondern nach gewissen Arbeiten und Ackergeschäften bestimmt sind, werden die zu Spanndiensten verpflichtete Bauern nach der Verschiedenheit ihrer Verrichtungen wieder in Fuhrspänner, welche alles zu dem herrschaftlichen Ackerwerk benöthigte Fuhrwerk verrichten müssen, Pflugspänner, welche alle Pflugarbeit auf den herrschaftlichen Aeckern zu verrichten schuldig sind, und Eggspänner, welche alles Eggen, was zur Bestellung der

4) Danz Handbuch §. 491. S. 193. ff.

5) Joh. Heinr. Christ. von Selchow Rechtsfälle. 1. Band. Decis. 23. S. 235. ff.

der herrschaftlichen Aecker erfordert wird, bestreiten müssen, eingetheilt. Diejenigen Bauern, welche zu Hand- oder Fußdiensten verpflichtet sind, werden überhaupt Handfröhner genennt.

II) Nach dem Geschlecht der Personen, welche die Bauerfrohnen verrichten, sind selbige entweder Männer- oder Weiberdienste, oder solche, welche eben so gut von Frauenspersonen, als von Mannspersonen verrichtet werden können. Zu der erstern Classe gehört z. B. Holzfällen, Herelschneiden, Getraide einfahren u. d. m.; zu der zweyten gehören sämmtliche zur Zubereitung des Flachses erforderliche Geschäfte, auch das Garn- und Wollspinnen u. dgl.; zu der dritten endlich das Schneiden des Getraides, das Dreschen und dergl. Männerdienste werden jedoch ihrem Werth nach, wenn es auf dessen Bestimmung ankommt, höher als Weiberdienste geschätzt, und ein Gutsherr ist daher diese für jene anzunehmen nicht verbunden.

III) Werden die Frohnen in Absicht auf die Zeit der Leistung in ordentliche und ausserordentliche eingetheilt [6]). Ordentliche Frohndienste sind solche, welche alljährlich zu einer bestimmten Zeit und für gewöhnliche Bedürfnisse der Landwirthschaft zu verrichten sind. Ausserordentliche aber werden diejenigen genennt, welche nur bey besondern, nicht immer zu gewissen Zeiten vorkommenden Gelegenheiten, und Vorfällen geleistet werden müssen. Zu diesen gehören die Baufrohnen,

6) Westphal teutsches Privatrecht 1. Th. 33. Abhandl. Danz Handbuch 5. Band §. 495.

nen, welche auch Burgfesten genennt werden, weil sie ursprünglich, zu den Zeiten des Faustrechts, besonders dem Bau und der Befestigung der gutsherrlichen Burg gewidmet waren [7]). Allein h. z. T. versteht man darunter die zum Bau und zur Erhaltung der herrschaftlichen Gebäude zu verrichtende Dienstleistungen [8]). Ferner Jagdfrohnen, welche dem Patrimonialherrn bey den zur Belustigung angestellten Jagden geleistet werden müssen [9]). Man verwechsele damit nicht, wie gewöhnlich geschieht, die Jagdfolgen, worunter blos die zur Ausrottung schädlicher und gefährlicher Thiere angeordneten Dienste verstanden werden [10]). Denn hierzu sind alle Landesunterthanen verpflichtet, und selbst Bürger in den Städten, und sonst dienst- und frohnfreye Unterthanen sind nicht frey hiervon [11]). Dahingegen sind nicht alle und jede Patrimonialbauern ihrem Gutsherrn, so wie nicht alle und jede Cammerbauern dem Landesherrn zu Jagdfrohnen verbunden, sondern nur Verträge und Her-

7) HELLFELD Repertor. iur. priv. v. Burgfeste. *Frid. Es. a* PUFFENDORF Animadversiones iuris. Nr. 28.

8) S. von Bülows und Hagemanns practische Erörterungen. 1. Band. Nr. XLI.

9) *Io Aug.* REICHARDT Diss. de operis venaticis. *Ienae* 1770. und *I. M.* SEUFFERT Progr. Operae venatoriae ad territoriales quatenus referendae sint? *Wirceburgi* 1790. Joach. Ernst von Beust von der Jagd- und Wildbannsgerechtigkeit. Kap. XV. §. 1. ff.

10) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 5. Bd. §. 493. S. 211.

11) von Beust a. a. O. §. 6. Danz Handbuch 2. Band. §. 156. S. 59.

Herkommen verpflichten sie dazu [12]). Es ist dies überhaupt die Regel, welche bey den ausserordentlichen Frohnen Statt findet. Auch bey den vorhin genannten Baufrohnen bestimmen daher nur besondere Dienstverträge, oder das Herkommen den Grund und Umfang der Verbindlichkeit zu denselben [13]). Die Verbindlichkeit zur Leistung ungemessener Frohnen hingegen entscheidet dabey nicht [14]). Soviel aber die ordentlichen Bauerndienste anbetrift, so müssen die Anspänner pflügen, eggen, Getraide und Heu einfahren, Dünger auf dem Acker bringen, u. s. w. die Handfröhner aber müssen schneiden, dreschen, graben, behacken, Heu und Grummet machen, Mist breiten, pflanzen, Holz schlagen, Hexel schneiden, Boten laufen. u. s. w.

12) SEUFFERT cit. Progr. Danz Handbuch 5. Band. §. 497. Anderer Meinung ist zwar *Aug. Ferd.* HAUSCHILD in seiner unter dem Vorsitz des Hrn. Ord. von Winckler gehaltenen Dissertation: Superioritas territorialis fons operarum venaticarum, principi a subditis debitarum. *Lipsiae* 1786. Allein man sehe Hrn. Hofrs Klüber kleine juristische Bibliothek. 3. Bd. S. 57. ff.

13) S. Gmelin und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 5. Band Nr. II. S. 22. ff. Frid. v. Bülow's, und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band. Nr. XLII. S. 215. ff. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 496. In der Bestellungs- und Erndezeit können der Regel nach weder Bau- noch Jagdfrohnen verlangt werden. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 47. und SEUFFERT cit. Progr. in fin.

14) Danz Handbuch 5. Band §. 496. und 497.

§. 124.

Von gemessenen und ungemessenen Diensten der Bauern.

Zuletzt theilt man die Bauerndienste auch noch nach der Qualität und Quantität der Leistung in gemessene und ungemessene ein [15]). Sind nämlich die Frohnen durch Dienstverträge, Dienstregister, oder Herkommen nach Zeit, Ort, Zahl und Art bestimmt, so werden sie gemessene genennt; fehlt es hingegen an diesen Bestimmungen, so gehören sie zu den ungemessenen Diensten [16]). Letztere sind entweder schlechterdings ungemessene Dienste, (*operae indeterminatae absolute tales*) wenn sie weder in Ansehung ihrer Quantität noch Qualität bestimmt sind, sondern die Bauern zu allen Zeiten, da sie von der Herrschaft aufgeboten werden, zum Dienste erscheinen, und alles was zur Bestellung und Nutzen des herrschaftlichen Guts erforderlich ist, verrichten müssen; oder nur zum Theil ungemessene Dienste, (*operae indeterminatae secundum quid tales*), wenn sie nur in Ansehung der Quantität unbestimmt sind, das ist, bey welchen nur die Anzahl der jährlich zu leistenden Frohnen nicht festgesetzt ist, wenn gleich Zeit, Ort und Art derselben bestimmt seyn sollten [17]). Wo nun die Frohnen festgesetzt sind, da

15) S. *Io. Ge.* PERTSCH Diss. de divisione operarum in determinatas et indeterminatas, earumque exactione. Ienae 1731.

16) Von den ungemessenen Diensten der teutschen Bauern handelt ausführlich Hr. von Benekendorf in Oeconomia forens. V. Th. 8. Hauptst. 9. u. 10. Abschn. Man sehe auch Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 498.

17) KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 70. pag. 269. sqq. und Danz Handbuch 5. Band §. 498.

da muß es auch bey der einmal gemachten Bestimmung genau bleiben, und es darf also zum Nachtheil der Bauern keine Veränderung in Ansehung derselben gemacht werden[18]). Die besondern Entscheidungsnormen bey Bestimmung der gemessenen Dienste geben erstens die Dienstverträge, welche das Verhältniß der Dienstpflichtigen gegen ihren Gutsherrn bestimmen; zu diesen gehören auch die Hof- und Annehmungsbriefe der Unterthanen, welche einen unstreitigen Vertrag zwischen der Herrschaft und ihren dienstpflichtigen Unterthanen zum Grunde haben. Zweytens die Dienstregister, oder wie sie auch an manchen Orten genennet werden, die Diensturbarien. Diese enthalten ein genaues Verzeichniß sowohl der Schuldigkeiten der Unterthanen gegen die Herrschaft, als auch desjenigen, was die letztere den erstern besonders an Deputat u. dgl. zu entrichten verbunden ist. In Ermangelung derselben muß auch ein vieljähriges Herkommen und Observanz hierunter zur Richtschnur dienen. Auch die Verjährung kann zuweilen ungemessene Dienste in gemessene verwandeln, wenn die Erfordernisse derselben vorhanden sind. Hätte freylich eine Bauerngemeinde, die sonst zu ungemessenen Diensten verpflichtet war, binnen 30 Jahren wöchentlich nur drey Tage gedienet, so würde dieses zu einer Verjährung der ungemessenen Dienste noch nicht genug seyn, wenn nicht auch zugleich erwiesen werden könnte, daß die Herrschaft binnen dieser Zeit zwar mehr Dienst-Tage gefordert, solche

18) S. *Melch. Dethmar.* GROLLMANN Commentat. de operarum debitarum mutatione P. I. II. et III. Giessae 1751. 4. *Henr.* BROKES select. Observat. for. Obs. CCCLXXI. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaestiones forens. Tom. I. cap. 80. et Tom. II. cap. 61.

solche aber nicht geleistet worden wären, und dieselbe sich dabey seit rechtsverjährter Zeit beruhiget hätte. Denn eine solche Präscription erfordert, a) daß die als verjährt angegebene Schuldigkeit wirklich gefordert, solche aber b) von den Dienstpflichtigen verweigert worden sey, und daß c) die Herrschaft binnen rechtsverjährter Zeit dazu stillgeschwiegen habe [19]). Der bloße Besitz kann nur im possessorio schützen, im petitorio kommt er nicht mehr in Betrachtung.

Wie wenn es aber an den vorhin bemerkten Bestimmungsgründen mangeln sollte, und die Herrschaft deshalb behauptet, daß ihr das Recht, ungemessene Dienste zu fordern, zustehe, die Bauern aber solche Dienste zu leisten verweigern, so entstehet nun die Frage, ob in einem solchen zweifelhaften Falle gemessene oder ungemessene Dienste der Bauern zu vermuthen seyn? Die Rechtsgelehrten sind in Entscheidung derselben sehr verschiedener Meinung. Einige sagen, daß in einem solchen Falle ungemessene Dienste zu vermuthen wären [20]). Denn die meisten Bauern wären ehemals Leibeige-

19) S. RAVE de praescriptione §. 117. GROLLMANN in Commentat. cit. P. II. Cap. IV. §. 42. 43. Beyde halten die Verfließung einer Zeit von 10 oder 20 Jahren zu solcher Verjährung für hinreichend, andere erfordern jedoch eine Zeit von 30 Jahren.

20) von Buri Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts IV. Fortsetzung 3. Kap. N. V. Quaest. 4. S. 44. ff. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 417. med. 5. coroll. p. 1081. MEVIUS P. IV. Dec. 131. REINHARTH Observat. select. ad Christinaeum Vol. II. Obs. 33. PERTSCH cit. Dissertat. §. 38. ESTOR in Comment. de praesumtione contra rusticos in caussis ope-

eigene gewesen. Als solche mußten sie ungemessene Dienste leisten. Durch ihre Loslassung hätten sie nun zwar ihre natürliche Freyheit wieder erhalten, allein in Ansehung ihrer Pflichten und Schuldigkeiten sey nichts geändert worden. Die Freygelassenen behielten die vorigen Güter unter der Bedingung, daß sie der Gutsherrschaft ferner dienen, und den bedungenen Zins fortgeben sollten. Unsere heutige Bauern besitzen diese Güter noch; also liege ihnen auch die Verbindlichkeit zu Frohnen ob, weil dieselbe mit dem Besitz ihrer Güter und dem Bauernstande verknüpft ist. Aufhebung oder Einschränkung des Dienstes, die der Bauer vorschützt, sey eine Aenderung, und müsse, als eine res facti, von ihm bewiesen werden. Die Vermuthung streite folglich immer für die Herrschaft. Dieß sind die Gründe für die erste Meinung. Andere [21]) hingegen behaupten gera-

operarum. §. 16. STRUBEN de iure villicorum. Cap. V. §. 1. *Io. Iac.* REINECCIUS de rustico quondam servo. *Ien.* 1749. Schröter von der ehemaligen Knechtschaft der Bauern in Teutschland §. 11. von Benekendorf Oecon. For. a. a. O. 9. Abschn. §. 566. ff. Westphal teutsches Privatrecht 1. Th. 32. Abh. §. 1. 2. 3. HOFACKER Principior. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. P. I. §. 1162. n. II. u. a. m.

21) SCHROEDTER Diss. de notione rusticorum Germaniae §. XVIII. SEIP Diss. de statu rusticor. ex medii aevi rationibus caute diiudicando. Cap. III. §. X. RICCIUS in Spicilegio iuris germ. pag. 137. sqq. *A. R. I.* BÜNEMANN Adsertio de rusticorum libertate et operis contra REINECCIUM. *Hannov.* 1750. Joh. Leonh. Hauschild von Bauern und deren Frohndiensten, auch der in den Rechten gegründeten Vermuthung ihrer natürlichen Freyheit. Dresden und Leipzig 1771. Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und

gerade das Gegentheil, sie halten dafür, daß ein Herr seinen Bauern keine andere Frohnen zumuthen dürfe, als deren rechtlichen Erwerb er darthun könne. Die Vermuthung streite also in zweifelhaften Fällen immer für gemessene Dienste. Denn man müsse immer für die natürliche Freyheit präsumiren. Nun aber seyen Bauern freye Leute. Frohnen hingegen schränken die Freyheit ein, und könnten also nicht vermuthet, sondern müßten von dem, der selbige verlangt, bewiesen werden. Zudem wären die Bauern ihrem Ursprunge nach keinesweges Leibeigene, sondern meist freye, ja freygebohrne gewesen. Denn daß der Zustand der heutigen Bauern aus einer geschehenen Freylassung herrühre, könne historisch nicht erwiesen werden. Gesetzt aber auch, die heutigen Bauern hätten ihre Freyheit durch Manumission erlangt, so würde dennoch daraus nicht folgen, daß sie ungemessene Dienste zu thun schuldig wären, weil nicht einmal alle Leibeigene ohne Unterschied ungemessene Dienste geleistet hätten. Ueberhaupt aber sey der ächte historische Grund der Frohnen vielmehr aus wechselseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Verträgen der Guts- und Schutzherren, als aus einer ursprünglichen Leibeigenschaft abzuleiten, daher auch an Orten, wo die Leibeigenschaft nie in Uebung gewesen, Frohnleistungen angetroffen würden. Noch andere [22]) sind der Meinung, es könne im Allgemeinen

und Elsäßer. V. Band. N. II. §. 24. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. S. 387. KIND Quaest. for. T. I. cap. 70. u. a.

22) Hr. v. SELCHOW in Element. iuris germ. privati §. 350. not. 5. Otto Ludw. von Eichmann Abhandl. ob, im Fall es zweifelhaft ist, gemessene, oder ungemessene Dienste der Bauern zu

nen weder für gemessene, noch für ungemessene Dienste präsumirt werden, sondern alles komme auf die Verschiedenheit der Gegenden und Länder an. Allein da es uns eben darum zu thun ist, in einem wirklich zweifelhaften Falle eine sichere Entscheidungsnorm zu haben, so sieht ein jeder wohl von selbst ein, daß durch diese Meinung nichts entschieden werde. Unser *Verfasser* behauptet endlich, daß wenigstens in dem Falle, da es ausser Zweifel ist, daß der Gutsherr diese oder jene Art von Frohndiensten zu fordern habe, in Ansehung der übrigen Bestimmungen der Zeit, des Orts und der Zahl für ungemessene Dienste dieser Art zu präsumiren sey, weil Bestimmungen, als res facti, nicht vermuthet würden, sondern bewiesen werden müßten. Ich glaube, daß ein Unterschied zwischen *ordentlichen* und *ausserordentlichen Bauerfrohnen* zu machen sey. In Ansehung der letztern hat der Gutsherr die Vermuthung immer gegen sich, weil diese auf keinem allgemeinen Grunde, sondern auf besonderm, in jedem einzelnen Falle von dem Gutsherrn zu erweisenden Erwerb beruhen. Es muß daher der Gutsherr nicht allein beweisen, daß er *die Art von Frohnen*, welche er in Anspruch nimmt, wirklich zu fordern berechtiget sey, sondern wenn auch die Verbindlichkeit zur Leistung einer gewissen Art von solchen ausserordentlichen Diensten ausser Zweifel wäre, so muß er doch auch *über Maas und Beschaffenheit* die nöthigen Beweise beybringen, weil beydes zum Grunde seiner Klage gehört.

zu vermuthen? in *Desselben Sammlung kleiner Abhandlungen aus der Rechtsgelehrsamkeit* 2c. N. XII. S. 159. folgg. und Hr. Hofr. *Schnaubert* in der neuesten jurist. Bibliothek. 2. Band. (*Gießen* 1783.) S. 591. und folgg.

gehört. Ist hingegen von ordentlichen Frohnen die Rede, deren Leistung auch an sich die Bauern nicht verweigern, als welche nur zu ungemessenen Diensten sich nicht verstehen wollen; so tritt allerdings die rechtliche Vermuthung für ungemessene Frohnpflicht ein, wenn es an positiven Bestimmungen über die Art und Weise, und über Ziel und Maas in einem gegebenen Falle mangelt. Denn die ordentlichen Bauerfrohnen beruhen auf der Natur des Nexus, in welchem der Bauer zu seinem Gutsherrn steht, und gehören daher überhaupt zu den allgemeinen bäuerlichen Lasten. Bey solchen Menschen aber, die sich nun einmal in einem nicht ganz freyen Zustande befinden, sondern ihre Verbindlichkeit zu Frohnleistungen überhaupt selbst anerkennen, kann wohl die Vermuthung für die natürliche Freyheit nicht Statt finden, vielmehr ist der Bauer die Einschränkungen der Frohnpflicht, die er vorschützt, um so mehr zu beweisen verbunden, je weniger solche, als eine res facti, im Zweifel vermuthet werden können [23]). Uebrigens ist noch zu bemerken,

1) daß auch ungemessene Dienste keineswegs der blossen Willkühr der Herrschaft überlassen sind. Der Bauer muß vielmehr immer so viel Zeit übrig behalten, daß er seine eigne Wirthschaft besorgen, und nicht nur seinen Lebensunterhalt sich erwerben, sondern auch die herrschaftlichen Abgaben entrichten kann [24]).

2) Be-

23) Man sehe hier vorzüglich Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 5. B. §. 499. Mit diesen Grundsätzen stimmt auch das neue Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 7. §. 311. überein.

24) Westphals teutsches Privatrecht. 1. Th. 32. Abhandl. §. 4.

2) Beschweren sich daher die Bauern, daß die Herrschaft ihr Recht, ungemessene Dienste zu fordern, zur Ungebühr ausdehne; so ist nichts nöthiger und billiger, als daß der Richter dergleichen ungemessene Dienste dergestalt mäßige, daß die Bauern dabey nicht zu Grunde gehen, die Herrschaft aber auch in ihren Gerechtsamen dadurch nicht allzusehr eingeschränkt werde. Die Billigkeit einer solchen richterlichen Ermäßigung ist von allen Rechtslehrern anerkannt worden [25]). Es kommt nur darauf an, was bey dieser Ermäßigung für Grundsätze anzunehmen sind [26]). Hier hat nun der Richter theils auf die in der umliegenden Gegend eingeführte Gewohnheit, theils auf die Möglichkeit, die von der Herrschaft verlangte Dienste leisten zu können, genaue Rücksicht zu nehmen. Um aber diese Möglichkeit der geforderten ungemessenen Dienste auszumitteln, kommt es nicht sowohl auf einen ökonomischen Anschlag der Bauerhöfe, als vielmehr darauf an, daß

a) der Richter untersuche, wie viel ein Bauer, welcher über die Unerträglichkeit der ihm angemutheten ungemessenen Dienste klagt, von der im Besitz habenden Nahrung sowohl an Gesinde als Gespann wirthschaftlich unterhalten könne. Sodann liegt ihm

b) ob,

25) LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. VI. Spec. 418. HOECKNER Diss. de operarum indeterminatarum determinatione. Lips. 1720. STRYK de abusu iuris quaesiti. Cap. I. n. 35.

26) Vorzüglich empfehle ich hier des Hrn. v. Benckendorfs Oeconom. Forens. a. a. O. 8. Hauptst. 9. Abschn. §. 578. folgg. Man sehe auch Runde Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 499.

b) ob, einen Ueberschlag zu machen, wie viel Zeit er mit seinem Gesinde und Gespann zur Bestreitung seiner eigenen Wirthschaftsgeschäfte gebraucht.

Hat er sich hiervon vollkommen unterrichtet, so wird ihm alsdann nicht schwer fallen, die geklagten ungemessenen Dienste auf eine billige und gerechte Art zu mäßigen. Er darf nur diejenige Zeit, die der Bauer zur Bestellung seiner eigenen Wirthschaft nöthig hat, von den Diensttagen des ganzen Jahrs abziehen, so wird sich von demjenigen, was die Herrschaft noch mit Recht an Diensten fordern kann, der Calculus von selbst ergeben [27]).

Statt der Dienste wird zuweilen ein Dienstgeld entrichtet. Es kann jedoch die Herrschaft wider den Willen der Bauern die Dienste eben so wenig in Geld verwandeln, als dieselbe, statt der zu leistenden Dienste, ein Surrogat am Gelde anzunehmen, verbunden ist. Eine solche Verwandelung kann vielmehr, gerechter Weise, anders nicht, als durch freye Verträge beyder Theile erfolgen [28]). Diesen Satz rechtfertiget die Vernunft und Ana-

27) Man vergleiche hier das neue Preuß. Landrecht 2. Th. 7. Tit. §. 315. ff. In Ansehung des Botenlaufens der Coßathen ist insonderheit §. 413. die Bestimmung festgesetzt, daß ein Botenläufer im herrschaftlichen Dienste 15 bis 18 Pfund, und wenn die Entfernung weiter ist, als daß er noch an demselben Tage zurückkommen könnte, 10 bis 12 Pfund zu tragen schuldig sey. Eben so hatte auch schon vorher das Kammergericht zu Berlin erkannt. S. *Frid.* BEHMERI novum Ius Controvers. T. II. Obs. 131.

28) S. LEYSER Specim CCCCXIX. med. I. GROLLMANN in Commentat. de operarum debitar. mutatione P. I. Cap. II. §. 11. sqq. BALTHASAR de operis rusticor. cap. XVI. pag. 97. Hrn.

Analogie der Rechte von selbst. Denn so wenig der Schuldner seinem Gläubiger wider dessen Willen eine andere Sache statt der schuldigen aufdringen darf; eben so wenig kann auch der Gläubiger von dem Schuldner etwas anders, als wozu er verbunden ist, fordern [29]). Es sind also auch hier sowohl auf Seiten des Dienstherrn als der Dienstpflichtigen gleiche Verbindlichkeiten und gleiche Rechte. Wenn daher, ohne solche unwiderrufliche Verträge über Veränderung der Dienstpflicht, auch seit langer Zeit, statt der zu leistenden Naturaldienste, jährlich ein gewisses Geld gegeben worden, so können dennoch die Dienstpflichtigen nachher eben sowohl wiederum zur Leistung der erstern angehalten werden; als sie befugt sind, für die Zukunft das letztere zu verweigern [30]). Denn,

 wenn

Hrn. v. Buri Abhandl. von Bauergütern S. 63. ff. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band. 138. Meditat. Runde Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 501.

29) *L. 2. §. 1. D. de rebus cred. L. 74. D. de Reg. Iuris.* Es ist jedoch billig der Fall auszunehmen, wenn Naturalfrohnen z. B. wegen Entlegenheit des Orts von dem Gutsherrn ganz und gar nicht gebraucht werden können. S. WERNHER Obfervat. Forenf. T. I. Part. V. Obf. 28.

30) S. LEYSER Specim. CCCCXIX. med. 4. u. Spec. DCLXV. med. 29. Struben rechtliche Bedenken IV. Th. Bed. 17. a PUFFENDORF Obfervat. iuris univ. Tom. I. Obf. 224. T. II. Obf. 71. BROCKES felect. Obf. for. Obf. 65. WERNHER Obfervat forenf. Tom. II. Part. IX Obf. 64. von Buri in der angef. Abhandl. S. 67. Westphal teutsches Privatrecht 31. Abhandl. 8. Anmerk. S. 366. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band. 137. Meditat. S. 119.

wenn die Eigenschaft der Naturaldienste ausser Zweifel ist, so kann das Recht der Herrschaft, den Naturaldienst zu fordern, eben so wenig, als das Recht der Dienstpflichtigen, denselben zu leisten, ohne vorhergegangene Verweigerung und auf der andern Seite darauf erfolgte Beruhigung, durch Verjährung erlöschen. Wäre daher auch noch so lange Zeit der Dienst mit Gelde abgekauft worden, so würde dennoch solches nur einen über den in jedes Jahr fallenden Dienst eingegangenen, und jedes Jahr stillschweigend erneuerten Vertrag enthalten, wovon jedem Theile wieder abzugehn, und statt des Geldes, den Dienst resp. zu fordern und zu leisten freystehet. Denn so wie es in der freyen Willkühr der Herrschaft beruhet, ob sie den Dienst in natura verlangen, oder Geld dafür annehmen will; so muß es auch eben so gut von dem freyen Willen der Dienstleute abhangen, ob sie den Naturaldienst, wozu sie nur verbunden sind, mit Gelde abkaufen wollen. Es kann daher, nach der Natur und Eigenschaft einer rei merae facultatis, aus der Leistung und Annahme des Dienstgeldes, ohne vorhergegangene Widerspruchshandlung, weder Besitz noch Verjährung entstehen. Soll nun also eine Verwandlung der Dienste in ein Dienstgeld durch Verjährung geschehen, so müssen entweder die Bauern ihrem Gutsherrn, da er die Frohnen in natura wieder gefordert hat, dieselben mit dem Vorgeben, daß sie hierzu nicht verbunden wären, verweigert, und der Dienstherr dreyßig Jahr dazu stille geschwiegen haben [31]; oder das Dienstgeld muß von den Bauern auf deren vorhergegangenen Widerspruch, und von

31) PUFFENDORF T. I. Obs. 224. pag. 553. BALTHASAR de operis rusticor. Cap. 10. und RAVE de praescriptione §. CXVII. Schol. 2.

von Seiten der Gutsherrschaft erfolgten Zwang, dreyßig Jahre ununterbrochen entrichtet worden seyn[32]). Noch einen Fall giebt es, wo es bey dem Dienstgelde bleiben muß, nämlich wenn selbiges seit undenklichen Zeiten ist gegeben worden, dergestalt, daß niemand weiß, ob jemals Dienste in natura sind entrichtet worden[33]). Noch andere diese Materie betreffende Rechtsfragen wird man beym Buri[34]) finden, so wie denn auch unser Hr. Verfasser selbst §. 647. noch eine eigentlich hierher gehörige Frage vorbringt, welche wir daselbst erörtern werden.

§. 125. und 126.

II. *Status civitatis.* a) Vom römischen Bürgerrechte.

Der andere besondere bürgerliche Zustand ist der *Status civitatis*[35]). In Absicht auf diesen sind die Men-

32) Georg Jac. Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2. Band. (Göttingen 1795.) Bem. 20. S. 204. ff.

33) LEYSER Spec. CCCCXIX. med. 5. et Spec. DCLXV. med. 30.

34) a. a. O. Qu. 11. 12. 13. 14. u. ff.

35) *Christ. Frid. Ge.* MEISTERI Diss. de statu civitatis eiusque iuribus. *Goettingae* 1751. Diese nämliche Schrift ist auch unter Johann Andr. Hannesens Namen als ein *liber singularis*, Götttingen 1752. 4. erschienen. Man vergleiche auch PLATTNER Diss. de usu hodierno divisionis hominum in cives et peregrinos, praes. *Car. Ferd.* HOMMEL hab. Lipsiae 1750. Es hat zwar *Io. Gotth.* TILSNER, als Supplement jener Plattnerischen Schrift, eine historicam Tractationem de peregrini et civis notione, Lipsiae 1786. edirt, allein da diese Schrift zur weitern Aufklärung dieser Materie gar nichts beyträgt, und unverständlich geschrieben ist, so kann man sie ohne Schaden ungelesen lassen.

schen entweder Bürger (*Cives*) oder Fremde (*Peregrini*), je nachdem sie entweder das Bürgerrecht in einem Staate haben, oder nicht. Wir wollen zuerst von dem Römischen Bürgerrechte handeln, und den Unterschied zwischen *Cives* und *Peregrini* nach dem Römischen Rechtssystem auseinander setzen [36]. Die Rechte und Vorzüge, welche den Römischen Bürgern vor den Nichtbürgern zustanden, und deren Inbegriff *ius Quiritium*, oder *Civitas Romana* genennt wurde [37]), waren ehemals von großer

36) *Christ. Frid. von* HAVEN de cive Romano. *Hafniae* 1710. *Car.* SIGONIUS de antiquo iure civium Romanorum, in Tom. I. Operis *de antiquo iure populi Romani.* Halae 1715. 8. und *Ezech.* SPANHEMII Orbis Romanus. *Londini* 1703. et cum praefat. *Io. Gottl.* HEINECCII. *Halae* et *Lipsiae* 1728. 4.

37) Mehrere Rechtsgelehrte glauben, daß zwischen *ius Quiritium* und *civitas Romana* ein Unterschied gewesen. SIGONIUS de antiquo iure civ. Rom. Lib. I. c. 6. setzt diesen Unterschied darin, daß das *ius Quiritium* einen Inbegriff der Privatrechte, die *civitas Romana* aber einen Inbegriff der öffentlichen Rechte des Römischen Bürgers bezeichnet habe. Ihm stimmen SPANHEMIUS Orbe Rom. Ex. II. cap. 5. p. 156. SCHULTING in Iurispr Antejust. pag. 574. und HEINECCIUS Antiquit. Rom. Syntag. Lib. I. Append. Cap. I. §. 23. bey. Andere sagen, das *ius Quiritium* sey das ius civitatis optimum maximum gewesen, welches alle und jede Rechte der Röm. Bürger in sich begriffen habe, das *ius civitatis* aber habe nur ein unvollkommenes, nämlich das Privatbürgerrecht bezeichnet; so *Corn. Valer.* VONCK Observat. miscellan. cap. 24. Adject. EIUS *Specimini critico in var. Auctores.* (Trajecti ad Rhen. 1744. 8.) und *Guil. Otto* REITZ in Excurs. ad *Theophili* paraphras. graec. Institut. Tom II Exc. III. pag. 1074. Allein die Röm. Rechtsgelehrten unterscheiden nicht zwischen *ius Quiritium* und *civitas Roma-*

großer Wichtigkeit. Sie waren theils solche, die sich auf die öffentliche Verfassung und Regierungsform des Römischen Staats bezogen, (*iura civium Rom. publica*), theils solche, welche auf die öffentliche Einrichtung des Staats keine Beziehung hatten, (*iura civium Rom. privata*). Zu jener erstern Classe von Rechten gehörte das ius census, militiae, tributorum, suffragiorum, honorum et sacrorum; zur letztern aber zählte man das ius libertatis, agnationis, gentilitatis, connubii, patriae potestatis, legitimi dominii, testamentifactionis, usucapionis etc. Diejenigen, welche alle diese Rechte, oder wenigstens die Privatrechte, in ihrem ganzen Umfange genoßen, hießen *Quirites* [38]), und wenn sie auch zugleich jene öffentlichen Rechte hatten, Bürger mit vollem Rechte, (*Cives optimo iure*) [39]); alle andere hingegen nannte man vor Antoninus Caracalla Peregrinen überhaupt, wenn sie auch Römische Unterthanen waren, wie die Provinzialen, oder auch wirklich einige von jenen Vorrechten der Römischen Bürger genossen, wie die Latinen, und die nur eine Römische Colonie ausmachten. Denn wenn gleich

Romana. Man sehe ULPIANI *Fragm.* Tit. 3. §. 2. 5. et 6. Auch nicht die Röm. Klassiker, wie *Io. Henr.* MYLIUS in Diss. ad *Theophilum* de iure Quiritium (beym REITZ Excurs. III. pag. 1090. sqq.) und *Franc. Car.* CONRADI Comment. de iure Quiritium a civitate Rom. non diverso. *Helmst.* 1744. gezeigt haben.

38) Der Name *Quirites* kommt nicht vom Quirin, wie Justinian lehrt *§.* 2. *I. de I. N. G. et Civ.* sondern von der Sabiner Hauptstadt *Cures* her. LIVIUS lib. I. c. 13. DIONYS. HALICARN. Lib. II. p. 111. PLUTARCH in *Romulo* p. 30. und in *Numa* p. 61.

39) S. *Alb. Diet.* TRECKEL Select. Antiquitat. P. I. p. 111. sq.

gleich Ulpian [40]) die Latinen und Colonarien von den Peregrinen unterscheidet, so setzt er sie doch den civibus Romanis ausdrücklich entgegen, und da die Latinität (ius latii) nur ein sehr unvollkommenes Bürgerrecht war, welches gar keine von den öffentlichen, sondern blos einige von den Privatrechten der Röm. Bürger, nämlich das ius mancipii et commercii [41]), enthielt; so werden die Latinen richtiger zu den Peregrinen gerechnet, wie auch schon Heineccius [42]) bemerkt hat. Ein vollkommenes Bürgerrecht (*ius civitatis optimum maximum*, *ius Quiritium*) hatten anfangs nur diejenigen Römer, welche in Rom, oder in einem Röm. Municipium wohnten, und ein solches erlangte man durch die Geburt, wenn beyde Eltern schon Bürger waren, ferner durch eine feyerliche Manumission vor einem Magistrate des Röm. Volks, oder in einem Testament, oder durch den Census, nicht minder durch eine besondere Ertheilung vom Volk, oder in der Folge durch die Gnade des Kaisers. Die Colonarien hatten kein vollkommenes Bürgerrecht. Denn einigen Colonien stand blos die Latinität zu, andere waren zwar cives Romani, sie hatten aber doch nur die Privatrechte der Römischen Bürger, nicht die öffentlichen [43]). Das Recht, welches die alten Bewohner Latiums (socii latini nominis) hatten, war zwar etwas besser, als das Recht der

40) *Fragm.* Tit. 5. §. 4. et Tit. 19. §. 4.

41) ULPIANUS *Fragm.* Tit. XIX. §. 4.

42) Commentar ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. 9. §. 5. pag. 226.

43) S. SPANHEMII Orb. Rom. Exercit. I. cap. 9. und *Ev.* OTTO lib. sing. de Aedilibus coloniarum et municipior. Cap. I. §. 1.

der Provinzialen, allein doch nur die geringere Civität. Dies ist es, was man ursprünglich *ius Latii* nannte [44]). Wie jedoch durch die *Lex Iulia* im Jahr der Erb. Roms 663. für dessen Urheber nicht Cäsar der Dictator, sondern der Consul L. Julius Cäsar zu halten ist, das ius Quiritium zuerst den Bewohnern des alten Latiums, nachher aber durch die Lex Plautia allen Städten Italiens mitgetheilt wurde [45]), so blieb der Name der Latinen nur den Römischen Unterthanen ausserhalb Italien, welchen das ius Latii war ertheilt worden [46]). Kr. Antoninus Caracalla [47]), nicht, wie andere wollen, Marcus Aurelius [48]) ertheilte endlich allen freygebohrnen Unterthanen des Römischen Reichs das vollkommene Römische Bürgerrecht durch die bekannte Constitution, deren Ulpian [49]) Erwähnung thut. Seit dieser Zeit ward nur Ausländern und Freygelassenen, die nicht auf die alte hergebrachte Art waren manumittiret

44) SIGONIUS de antiquo iure Italiae cap. 4. *Christ. Gottl.* SCHWARZ Diss. de iure Italico. *Altorfii rec.* 1741.

45) SPANHEMIUS Exercitat. I. cap. 10.

46) IDEM Exercit. I. cap. 8.

47) SPANHEM. Orb. Rom. Exerc. II. cap. 1.

48) *Io. Paul.* MAHNER Commentat. de M. Aurelio Antonino, constitutionis de civitate universo orbi Romano datae auctore. Halae et Helmst. 1772. 8. Allein *Io. Christ. Frid.* MEISTER in Commentat. de Antonino Caracalla vero civitatis per orbem Rom. propagatore, pro *Spanhemio* contra *Mahnerum. Francof. ad Viadr.* 1792. hat ihn widerlegt.

49) *L.* 17. *D. h. t.* In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris *Antonini* cives Romani effecti sunt. *Excerpta* DIONIS *Valesiana* pag. 745.

tiret worden, und welche man nach der Lex Iunia Norbana, *Latinos Iunianos* nannte, der Name *Peregrini* beygelegt. Wie jedoch **Justinian** den Unterschied zwischen Freygebornen und Freygelassenen aufhob, so erhielten nun auch letztere das Römische Bürgerrecht [50]). Es blieben also nur noch die Ausländer, (*Barbari*) die keine Römische Unterthanen waren, in der Classe der Peregrinen [51]), oder auch diejenigen Römer, die wegen eines Verbrechens das Bürgerrecht durch Capitisdeminution verlohren hatten; und in dieser Rücksicht war der Unterschied zwischen Bürgern und Fremden auch noch unter **Justinian** von Wirkung. Wenn nun aber gleich seit der Zeit allen Unterthanen des Römischen Reichs das Röm. Bürgerrecht zustand, so blieb doch übrigens in Ansehung gewisser besonderer Rechte ein sehr wichtiger Unterschied unter den Römischen Bürgern, welcher von ihrem Wohnsitz abhieng, indem immer diejenigen Bürger, welche in Rom selbst ihr Domicilium hatten, weit mehr begünstiget wurden, als diejenigen, welche in Italien oder in den Provinzen wohnten [52]). Man denke z. B. nur an die Excusation bey Vormundschaften, wenn sich ein Bürger mit der Zahl seiner Kinder entschuldigen wollte. Hier mußte der Provinzial, und der in Italien wohnte, mehr Kinder haben, als der Bürger, der in Rom seinen Wohnsitz hatte. Dieser

50) *Nov. LXXVIII. c. 5.*

51) SPANHEM. Exercit. II. cap. 22.

52) Hierauf bezieht sich der Begriff, den Ulpian *L. 190. D. de Verb. Signif.* von Provinzialen giebt, wie CONRADI in Parergis Lib. IV. Nr. II. pag. 488 sqq. und *Io. God.* BAUER in Opuscul. iurid. Tom. I. pag. 195. sqq. gezeigt haben.

Dieser Unterschied ist weder durch die Verordnung des Antonins noch des Krs. Justinian aufgehoben worden [53].

§. 127.

b) Teutsches Bürgerrecht.

In Teutschland macht man zwar auch einen Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden, zwischen Bürgern und Nichtbürgern, allein er ist nie so wichtig gewesen, als bey den Römern. Denn da Kaiser Friedrich II. in der *Avth.* Omnes peregrini *Cod. communia de Succession.* den Unterschied zwischen Fremden und Einheimischen in Absicht auf den Genuß der gemeinen Rechte aufgehoben hat, so werden Fremde in der Regel nach eben denselben Gesetzen gerichtet, welchen auch die Einheimischen unterworfen sind. Indessen sind doch sowohl durch die gemeinen Reichs- als durch die speciellen Landesgesetze und Statuten den einheimischen Bürgern in Teutschland manche Vorrechte vor den Fremden und Ausländern zugestanden worden. Und dieser Inbegriff von Vorrechten, welche den Einheimischen nach den teutschen Gesetzen und Statuten vor Fremden zustehen, wird das teutsche Bürgerrecht oder Indigenat genennt [54]. Ob nun gleich das teutsche

53) Man sehe HEINECCIUS in Commentar. ad Legem Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. 8. §. 3. pag 211.

54) *Io. Andr.* HOFFMANN Diss. I. de iuribus indigenarum Germaniae, praes. *Io. Rud.* ENGAU habita. *Ienae* 1747. EIUSDEM Diss. II. de indigenis eorumque praerogativis. *Marburgi* 1758. SCHILTER Diss. de iure peregrinorum (insert. EIUSDEM *Exercitat. ad Pandect.* p. 103.) *Frid. Wilh.* PESTEL Diss. iustitia et benignitas legum germanicarum erga peregrinos examinata, *Rin-*

teutsche Indigenat in der angeführten Bedeutung sowohl durch Geburt als durch Aufnahme erworben werden kann, und daher unter dem allgemeinen Ausdruck Bürger die Eingebohrnen sowohl als die Einzöglinge begriffen werden; so genießen doch die erstern vor den letztern nicht selten bedeutende Vorzüge, deren Inbegriff das Indigenat (Eingebohrenheit) im strengern Verstande genennt wird.

Nach der eigenthümlichen teutschen Reichsverfassung giebt es nun ein dreyfaches Indigenat, nämlich ein Reichsindigenat, ein Territorialindigenat, und ein Gemeinheitsindigenat [55]).

I. Das Reichsindigenat, oder das allgemeine teutsche Bürgerrecht, begreift diejenigen Rechte in sich, welche einem Teutschen überhaupt, als Mitgliede des teutschen Reichs, zustehen. Dahin gehört,

a) daß nur Teutsche fähig sind, zu wichtigen Reichsbedienungen zu gelangen. Z. B. so können nur Teutsche bey dem kaiserlichen Reichskammergerichte und Reichshofrathe als Richter, Präsidenten und Räthe angestellet werden. Ferner nur Teutsche werden zu den kaiserlichen Hofämtern gelassen [56]).

b) Daß

Rintel. 1754. und Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 3. Band. §. 312. ff.

55) Danz im Handb. 3. B. §. 313. nimmt auch noch ein Kreisindigenat an, welches diejenigen Rechte in sich begreift, die einem Teutschen, als Mitgliede eines einzelnen Kreises, zustehen.

56) Danz a. a. O. S. 106. f.

b) Daß nur Teutsche zu den Präbenden teutscher Stifter und Ritterorden gelangen können [57]).

II) Das Territorialindigenat, oder Provinzialbürgerrecht ist ein Inbegriff derjenigen Rechte und Vorzüge, welche in einem teutschen Reichslande den einheimischen Unterthanen des Landesherrn vor andern zukommen, die keine Unterthanen desselben sind. Diese Vorrechte lassen sich im allgemeinen nicht bestimmt angeben, sondern gründen sich auf die besondere Verfassung, die individuelle Gesetzgebung, und das eigenthümliche Herkommen eines jeden Territoriums. Zur Erläuterung mag indessen dienen, daß z. B. in verschiedenen Provinzen die einheimischen Unterthanen bey dem Verkaufe unbeweglicher Güter den Vorzug vor Fremden haben, welches man den Territorialretract nennt; daß Landeskinder meistentheils ein vorzügliches Recht auf Beförderungen und Stipendien haben, u. s. w. [58]). Endlich

III) das Gemeinheitsindigenat oder locale Bürgerrecht besteht in dem Inbegriffe derjenigen Rechte, welche den Einwohnern eines einzelnen Orts, als Mitgliedern der Gemeinde dieses Orts, vor Fremden zustehen. Eine besondere Gattung davon macht das Stadtbürgerrecht aus, welches diejenigen besondern Rechte in sich begreift, welche den Einwohnern einer Stadt, als Mitgliedern des städtischen gemeinen Wesens, zukommen. Diese Rechte sind theils solche, welche der Regel nach in allen teut-

57) Joh. Jacob Moser von der Ausländer Fähig- und Unfähigkeit zu teutschen geistlichen Würden. 1783. 4.

58) Danz Handbuch 3. B. §. 314.

teutschen Städten den Bürgern zustehen, (gemeine Stadtbürgerrechte) theils solche, welche die Bürger nur nach der besondern Verfassung einzelner Städte genießen, (besondere Stadtbürgerrechte). Das gemeine Stadtbürgerrecht enthält folgende eigene Bestandtheile: 1) das Recht bürgerliche Nahrung, als Handlung, Handwerke, und Braunahrung, zu treiben; 2) das Recht zu städtischen Würden und Aemtern zu gelangen; 3) der Mitgenuß solcher Stadtgüter und Gerechtsame, deren Benutzung für alle Bürger bestimmt ist; 4) das Recht des Gerichtsstandes vor der Stadtobrigkeit in der ersten Instanz; denen man 5) auch noch gewöhnlich die Befugniß, Grundstücke in der Stadt und ihrer Feldmark zu erwerben, beyzuzählen pflegt. Es kann aber die letztere darum nicht füglich unter die eigenthümlichen Bestandtheile des gemeinen Stadtbürgerrechts gerechnet werden, weil sie nicht überall ein besonderes Vorrecht der Bürger ausmacht, indem an vielen Orten auch andere, die nicht Bürger sind, zu diesem Erwerb zugelassen werden [59]). Begreift das Stadtbürgerrecht alle jene Hauptbestandtheile desselben in ihrem ganzen Umfange in sich, so wird selbiges das große oder vollkommene Bürgerrecht genennt, und diejenigen Einwohner der Stadt, welche ein solches geniessen, heißen Stadtbürger in der engsten und eigentlichsten Bedeutung. Beschränkt sich hingegen das Bürgerrecht nur auf einzelne in dem Stadtbürgerrechte enthaltenen Gerechtsame, oder auf einen unvollständigen Genuß der unter dem Bürgerrechte begriffenen Gerechtigkeiten,

59) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 4. Band §. 443.

keiten, oder hat solches nur die Befugniß zur Betreibung gewisser unzünftiger Gewerbe und Handthierungen zum Gegenstande, so wird es das kleine oder unvollkommene Bürgerrecht genennt, und diejenigen, welchen ein solches zusteht, erhalten nach Verschiedenheit ihres Verhältnisses, worin sie gegen die Stadtgemeinheit stehen, den Namen der Beysassen, Schutzverwandten, Ehrenbürger, Vorstädter u. s. w.[60]). Man erwirbt übrigens das Bürgerrecht entweder durch die Geburt[61]), wenn der Vater zu der Zeit, da der Sohn gebohren wurde, schon Bürger war, oder durch die Aufnahme. Daher sind die Bürger in dieser Rücksicht entweder ursprüngliche (originarii) oder aufgenommene (recepti). Das weitere hiervon gehört in das teutsche Staats- und Privatrecht[62]).

§. 128.

60) Danz am angef. Orte §. 445.

61) Nicht überall wird jedoch das Stadtbürgerrecht durch die Geburt erworben, sondern in den meisten Städten Teutschlands hat der Sohn eines Bürgers nur manche Vortheile bey der Bewerbung um das Bürgerrecht vor andern, die nicht Meisterssöhne sind. S. RICCIUS in spicileg. iuris germ. Lib. I. Tit. VI. m. 2. p. 267. PUFFENDORF Observat. iuris univ. T. I. Obs. 80. *Henr.* HILDEBRAND Diss. de iure civium originariorum. *Altorfii* 1724. Allein in manchen Städten Teutschlands, z. B. in Nürnberg, kann man auch von Geburt ein Bürger seyn. S. *Io. Alb.* COLMAR Diss. de iure civitatis Norimbergensis. *Altorf.* 1781.

62) Eine Hauptschrift über diese Materie ist Ernst Ludw. August Eisenharts Versuch einer Anleitung zum teutschen Stadt- und Bürgerrechte. Braunschweig 1791. 8.

§. 128.

Von der *capitis deminutione*, und deren mancherley Eintheilungen und Wirkungen.

Die Römer bezeichneten den dreyfachen bürgerlichen Zustand, nämlich den Zustand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familie, mit dem Worte *caput* [63]); und nannten den Verlust eines solchen bürgerlichen Zustandes *capitis deminutionem* [64]). Wenn Cajus sagt [65]): *Capitis minutio* est status permutatio; so sieht ein jeder von selbst, daß das Wort *status* in dem oben angegebenen eminentern Sinne genommen wird. Diese Capitisdeminution war nun nach der Lehre des römischen Juristen Paulus [66]), welche auch Justinian [67]) angenommen, von dreyerley Art: *maxi-*

63) In einem andern Verstande wurde das Wort CAPUT für den Menschen selbst genommen, in dieser Bedeutung unterscheiden unsere Gesetze zwischen caput liberum, *L.* 1. *D. de tutelis*, und caput servile, *L.* 3. *§.* 1. *D. de cap. minut.*

64) Ueber diese Materie sind nachzusehen *Ulr.* HUBERI Digression. Iustinian. Lib. III. cap. 6 — 10. DOMPIERRE *de* IONQUIERES Specim. de Restitutionibus in integrum, *Lugd. Batav.* 1767. 8. Tit. V. pag. 334 — 360. Carl Adolph Freyherr von Braun von der Eintheilung der capitis deminutionis, (in den Erlang. gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1751. Num. 3. und in Schotts jurist. Wochenblatt 3 Jahrg. N. XIV.) und Hr. Prof. Roberts kleine jurist. Abhandlungen. Marburg 1789. 8. N. III.

65) *L.* 1. *D. de capit. min.*

66) *L. ult. D. de cap. minut.*

67) *Tit. Institut. de capitis deminut.* über welchen Titel *Ian. a* COSTA, *Theod* MARCILIUS und *Ev.* OTTO in Commentar. verglichen werden können.

maxima, *media* und *minima*. Die größte Capitisdeminution bestand in dem Verlust aller der den bürgerlichen Zustand des Römers bestimmenden Rechte, also in dem Verlust der Freyheit, des Bürger- und Familien-Rechts. Eine solche Capitisdeminution erlitten diejenigen Bürger, welche in die Sklaverey fielen, es mochte nun durch die Gefangenschaft, oder zur Strafe, z. B. durch ewige Verdammung zum Bergbau (damnatio in metallum), geschehen[68]. Die mittlere Capitisdeminution bestand darinn, wenn, der Freyheit unbeschadet, nur das Bürgerrecht verlohren wurde. Diese hinderte nicht, daß man in einer andern Republik wiederum ein Bürgerrecht gewinnen konnte. Es war vielmehr ehemals bey der aquae et ignis interdictione darauf gerechnet, daß der Verbannte in einer andern Republik das Bürgerrecht suchen, und eben dadurch das Römische verlieren sollte, weil man nach den Grundsätzen des römischen Staatsrechts nicht in zwey Republiken zugleich Bürger seyn konnte[69]. Nicht minder gieng das Bürgerrecht verloren, wenn ein Römer sich in eine solche Colonie begab, die nur auf die Latinität angelegt war, es mochte nun freywillig geschehen seyn, oder um der gesetzlichen Strafe zu entgehen[70]. Nach dem neuern Rechte erlitten diese mittlere capitis deminutionem besonders diejenigen, welche ins Exilium geschickt, und auf eine Insel depor-

68) *L.* 8. *§.* 4. *et* 8. *D. de poenis. L.* 17. *pr. D. eodem.*

69) Die Beweisstellen aus Cicero findet man bey HEINECCIUS in Syntagm. Antiquitat. Rom. iurisprud. illustr. Lib. I. Tit. XVI. §. 10. und SPANHEM. Orb. Rom. Exercit. I. cap. 5.

70) CICERO *pro Caecinna* c. 33. SPANHEMIUS c. l. pag. 33.

deportirt[71]), oder auf beständig zu öffentlichen Arbeiten verurtheilt[72]), oder welche für Feinde des Staats erklärt wurden[73]). Wer eine solche Capitis deminutionem maximam oder mediam erlitten hatte, wurde in Absicht auf den Staat für bürgerlich todt gehalten, denn er hörte dadurch auf, eine Person im Staate zu seyn[74]), und verlor daher auch Ehre[75]) und Vermögen[76]). Die Relegation hingegen hob das Bürgerrecht nicht auf[77]). Auch behielt derjenige Freyheit und Bürgerrecht, welcher nur auf einige Zeit zu den öffentlichen Arbeiten war verurtheilt worden[78]). Beyde Strafen verminderten indessen doch die bürgerliche Ehre[79]) Endlich die geringste Capitis deminu-

71) *L. 5. et 6. D. de interdict. et relegat. Herm.* CANNEGIETER Observat. iuris Rom. Lib. I. c. 8. 9. besonders *Nic.* ANTONII de exilio s. de exilii poena antiqua et nova exulumque conditione et iuribus libri tres. (Tom. III. *Thesauri Meermanniani.*)

72) *L. 17. §. 1. D. de poenis.*

73) *L. 5. §. 1. D. de cap. minut.*

74) *L. 63. §. ult. D. pro Socio. Em.* MERILLII Observat. Lib. IV. cap. 21.

75) *L. 5. §. 3. D. de extraord. cognit.* Consumitur existimatio, quoties magna capitis minutio intervenit. S. D. Chr. Gottl. Hübner über Ehre und Ehrlosigkeit. (Leipzig 1800. 8.) §. 3. S. 71.

76) *L. 1. D. de bonis damnator.*

77) *L. 4. L. 7. §. 3. L. 14. §. 1. D. de interdict. et relegat.* ANTONIUS de exilio Lib. II. cap. 13. (*Thes. Meermann.* T. III. pag. 82.)

78) *L. 8. §. 8. L. 28. §. 6. D. de poenis.*

79) *L. 5. §. 2. D. de extraord. cognit.* ANTONIUS c. l. nr. 11. et 12. pag. 83.

minution bestand blos in dem Verlust der Familienrechte, ohne daß dadurch die Freyheit oder das Bürgerrecht verloren gieng[80]). Diese konnte wieder auf zweyerley Art geschehen. 1) Wenn man dasjenige Familienrecht verlor, welches man vorher als *paterfamilias* hatte. Eine solche Capitisdeminution erlitte a) derjenige, der sich arrogiren ließ; b) ein uneheliches Kind durch die Legitimation. Denn in beyden Fällen hörte man auf, sui iuris zu seyn, und wurde filiusfamilias. 2) Wenn man dasjenige Familienrecht verlor, was man als Agnat und Mitglied einer gewissen Familie hatte; nämlich das ius suitatis und agnationis, und also aus einem suo und agnato ein extraneus wurde. Eine solche Capitisdeminution erlitten a) die Kinder eines solchen Vaters, der sich arrogiren ließ; b) Adoptivkinder[81]); und c) emancipirte Kinder. Denn sie verloren die Familienrechte in der Familie ihres leiblichen Vaters[82]).

Eine andere Eintheilung der Capitisdeminution hat Ulpian[83]). Dieser nimmt nur zwey Arten der capitis de-

 minu-

80) *L. 6. L. ult. D. de cap. minut. Franc. Car.* CONRADI de minima capitis deminutione; (in EIUS *Parergis* Lib. II. Nr. II. pag. 164. sqq.)

81) Nach dem alten röm. Rechte erlitten alle Adoptivkinder ohne Unterschied eine Capitisdeminution. Allein nach dem justinianischen Rechte nur diejenigen, welche von einem Ascendenten sind adoptirt worden. *L. pen. C. de adopt.*

82) *§. 9. I. de hereditat, quae ab int. defer.* Hrn. Kanzler Kochs Bonorum possessio §. 13. S. 199.

83) *L. 1. §. 4. D. de suis et legitim. heredibus.* Hiermit stimmt auch Callistratus überein *L. 5. §. ult. D. de extraord. cognition.* wo er sagt: magna capitis deminutio intervenit, cum liber-

minutionis an, nämlich *magnam* und *minorem*, und nennt die erstere diejenige, wodurch die öffentliche Freyheit und das Bürgerrecht verloren wird, letztere aber diejenige, wodurch nur blos die Familienrechte verändert werden. Nach dieser Eintheilung betrachtete man den Zustand des Römers in doppelter Rücksicht: a) in Absicht auf den Staat. In dieser Hinsicht hatte der Römer gleichsam eine doppelte Person, nämlich er war freyer Mensch, und zugleich Bürger im Staate; und beydes zusammen machte seinen *statum publicum* aus. b) In Absicht auf den Familienzustand betrachtet, war der römische Bürger entweder paterfamilias oder filiusfamilias, und dies machte seinen *statum privatum* aus. Der Verlust des status publici eines römischen Bürgers ist also nach Ulpians Theorie die *capitis deminutio magna*[84]); die Veränderung des status privati hingegen, welche mit dem Verlust der Familienrechte verbunden war, nennt er *capitis deminutionem minorem*. Von dieser allein ist auch zu verstehen, wenn eben dieser Ulpian[85]) an einem andern Orte sagt: *capitis minutio, salvo*

libertas adimitur, *vel uti* cum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit. So muß statt *veluti* gelesen werden, wenn Justinian *pr. I. de cap. minut.* nicht widersprechen soll. S. *Paul.* BUSIUS Subtilitat. iuris Lib. VI. c. 2. *Alb.* GENTILIS Lection. Lib. III. cap. 10. und ANTONIUS de exilio. Lib. II. cap. 12. pag. 79. sqq.

84) Wenn Ulpian *L. 1. §. 8. D. ad SCtum Tertull.* sagt: nisi *magna capitis deminutio* interveniat, *quae vel civitatem adimit*, utputa si deportetur, so bedeutet hier *vel* soviel als saltim, ad minimum, wie *Ge.* D'ARNAUD variar. Coniecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 6. pag. 259. sq. zeigt.

85) *L. 1. cit.*

salvo statu contingens, liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem, d. i. in Ansehung desjenigen Erbrechts, welches den Kindern nach dem Tertullianischen Senatusconsultum zustand[86]). Hier wird das Wort *status* im eminenteren Verstande pro statu civitatis genommen[87]).

Die Wirkungen der römischen Capitisdeminution bestanden nun in folgenden.

I) Der capite minutus verlor hierdurch alle bürgerliche Klagen und Rechte, die ihm vorher zustanden, aber auch gegen ihn hatten keine bürgerliche Klagen weiter Statt. Denn er wurde in Ansehung des durch die Capitisdeminution verlornen vorigen Zustandes gleichsam für bürgerlich todt gehalten. Hatte er eine capitis deminutionem magnam erlitten, so mußten sich die Gläubiger an den Fiscus halten, der das Vermögen des capite minuti eingezogen hatte. Den Gläubigern eines solchen Schuldners hingegen, der nur eine capitis deminutionem minorem, z. B. durch Adoption oder Emancipation, erlitten hatte, restituirte der Prätor ihre Klagen, wenn sie deshalb implorirten[88]).

86) Denn es war eine Regel: Die Succeßionsrechte, welche erst durch neue Gesetze ertheilet sind, gehen durch die geringste Capitisdeminution nicht zu Grunde. *L. 7. pr. D. de cap. minut.* S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 640.

87) Es ist nicht nöthig, mit *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digesta Tit. de cap. minut. *Operum* T. II. p. 121. salvo statu civili zu lesen; wie schon DAMPIERRE in Specim. de Restitutionib. p. 336. bemerkt hat. Man sehe auch *Ian. a* COSTA Commentar. ad Tit. I. de cap. minut.

88) *L. 2. pr. et §. 1. D. de capite minut.*

Daher ist nun zu begreifen, warum die Compilatoren der Pandecten den Titel *de capite minutis* in die Materie von den restitutionibus in integrum gebracht haben.

II) Rechte, die durch den Tod erlöschen, z. B. usus fructus, giengen auch durch die Capitisdeminution verloren; nach dem ältern römischen Rechte sogar durch die geringste [89]), doch hat dies Justinian geändert [90]).

III) Die Capitisdeminution vertilgte jedoch nur bürgerliche, nicht die natürlichen Rechte; auch die natürliche Verbindlichkeit erlosch durch keine Capitisdeminution, *quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest* [91]). Daher blieben

IV) capite minuti auch aus ihren vor erlittener Capitisdeminution verübten Verbrechen verantwortlich [92]). Endlich da

V) die geringste Capitisdeminution salvo statu publico geschahe, und keine Veränderung des Civilzustandes im eminentern Sinne des Worts bewirkte, so hob dieselbe auch die iura publica nicht auf [93]). Es gieng daher durch eine solche Capitisdeminution weder das obrigkeitliche Amt verloren, welches der capite minutus zuvor bekleidete, noch wurde dadurch die Vormundschaft, welche derselbe verwaltete, geendiget. Nur allein die gesetzliche Vormundschaft hörte

89) PAULUS *Recept. Sentent. lib. III. Tit. 6. §. 29. L. 1. D. quib. mod. usufruct.*

90) *L. penult. §. ult. C. de usufruct.*

91) *L. 8. D. de capite minut.*

92) *L. 2. §. 3. D. eodem.*

93) *L. 5. §. 2.* und *L. 6. D. de capite minut.*

hörte auf[94]), weil sich dieselbe auf das Agnationsrecht gründete, und dieses auch durch die geringste Capitisdemi-
N 4 nution

94) *L. 7. pr. D. eodem.* Tutelas etiam non amittit capitis minutio: *exceptis his, quae in iure alieno personis positis deferuntur.* Igitur testamento dati, vel ex Lege vel ex Senatusconsulto, erunt nihilominus tutores. Sed *legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur,* eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse, familia mutati. Ueber den wahren Sinn der hier vorkommenden Worte: *exceptis his, quae in iure alieno positis personis deferuntur,* ist viel gestritten worden. Es würde offenbar zu weitläuftig seyn, wenn ich hier die verschiedenen Emendationen und Interpretationen der Rechtsgelehrten über diese Stelle vortragen wollte, es sey genug, meine Leser auf *Iac.* CUJACIUS in Not. ad *Ulpiani Fragm.* Tit. XI §. 9. (penes SCHULTING. *in Iurispr. Antejust.* pag. 597.) *Io. van de* WATER Observat. iuris Rom. lib. III. c. 13. *Herm.* NOORDKERCK Observat. cap. 3. *Abrah.* WIELING Lectiones iuris civ. lib. I. cap. 9. und in Omissis pag. 279. *Pet.* FABER Semestrium lib. III. cap. 24. p. 393. LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. lib. I. Ecclog. 21. BACHOVIUS ad Prota Pand. Tit. de capite minutis pag. 1152. SOAREZ *a* RIBEIRA Observat. iuris. Cap. 37. (Tom. V. *Thes. Meermann.* pag. 590.) HUBERI Eunom. Rom. ad L. 7. cit. pag. 203. MARCKART probabil. recept. lection. Lib. II. pag. 170. und WALCH Not. ad ECKARDI Hermenevt. iuris pag. 61. zu verweisen. Die richtigste Erklärung unter allen ist wohl unstreitig die, wenn man unter den *in iure alieno positis personis* diejenigen Personen versieht, welchen in den Gesetzen der XII. Tafeln die Tutel deferirt wird, also die nächsten Agnaten. Diese Erklärung bestätigen nicht nur die Basiliken, in welchen es Lib. XLVI. Tit. 2. heißt: πλὴν τῶν ἀπὸ τῦ δωδεκαδέλτυ, i. e. *exceptis his, quae deferuntur ex lege XII. Tabularum;* sondern auch die nachfolgenden Worte der *L. 7.* Sed legitimae tutelae *ex duodecim tabulis*

nution verloren gieng. Dies ist die Ursache, warum der Titel von der Capitisdeminution in den Institutionen in die Lehre von der Vormundschaft mit eingeschoben worden.

Gewissermaßen ist diese Lehre auch noch heutiges Tages anwendbar. Eine solche capitis deminutio maxima kann zwar in Teutschland nicht mehr vorkommen, wodurch ein freyer Mensch zum Sklaven würde. Wollte man indessen darunter eine solche verstehen, wodurch ein Mensch seine persönliche Freyheit verliert; so könnte man das gewissermaßen eine capitis deminutionem maximam im heutigen Sinne nennen, wenn Jemand ein Leibeigner wird[95]).

So

lis intervertuntur. Es ist auch dem römischen Sprachgebrauche gar nicht entgegen, unter dem *iure alieno* das ius antiquum oder die Gesetze der XII. Tafeln zu verstehen; da das Wort *alienum* in den besten Klassikern für antiquum gefunden wird, wie BALDUINUS in Iurisprud. Muciana (Tom. III. *Iurisprud. Rom* et *Atticae* p. 506. sq) aus CICERO de Orat. I. 43. und andern Stellen gezeigt hat. Es bedarf daher auch nicht einmal der Emendation des *Iac.* GOTHOFREDUS in Fontib. quatuor iuris civ. pag. 208. (*Genevae* 1653.) *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. III Thes. iur. Rom. pag. 51. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digest. Lib. IV. Tit. 5. §. 4. *Ger.* NOODT. in Comment. Tit. de cap. minut. p. 95. und DOMPIERRE *de* IONQUIERES in Specim. de Restitutionibus in integrum pag 346. welche statt *in iure alieno* vielmehr in iure antiquo lesen wollen, obgleich nicht zu läugnen ist, daß unter dieser Benennung die XII. Tafelgesetze öfters vorkommen. Man sehe auch Köchy civilistische Erörterungen 1. Samml. S. 90. ff.

95) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. LXII. med. 2. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 192.

So sehr indessen die heutige Leibeigenschaft von der Röm. Sklaverey differirt, so sehr würde auch freylich eine solche capitis deminutio maxima im heutigen Sinne von jener Römischen unterschieden seyn. Man rechnet auch hierher, wenn ein Mensch auf Lebenslang zum Vestungsbau, oder Zuchthause verurtheilt worden, weil dadurch ebenfalls die bürgerliche Freyheit verloren wird. Allein daß hier die Wirkungen einer capitis deminutionis maximae auf keine Weise eintreten können, ist ausser Zweifel. Soviel die capitis deminutio media betrift, so liesse sich diese zwar heutiges Tages noch insofern gewissermaßen denken, als sie überhaupt in dem Verluste des Bürgerrechts besteht, und Jemand auch heutiges Tages sein Bürgerrecht in Teutschland überhaupt, oder in einem teutschen Reichsterritorium, z. B. durch ewige Landesverweisung, verlieren kann. Allein da hierdurch doch immer nur die besondern bürgerlichen Rechte und Vortheile desjenigen Staats verloren werden, dessen Bürger der Verwiesene zu seyn aufhört [96]), keinesweges aber die natürlichen und gemeinen bürgerlichen Rechte, als das Recht der Agnation und der Familie, das gemeine Successionsrecht, das Recht zu contrahiren, ein Testament zu machen, die Rechte der väterlichen Gewalt u. dgl., als welche heut zu Tage auch den Fremden zugestanden werden [97]); so kann freylich die-

96) LEYSER Spec. LXII. med. 7.

97) SCHILTER de iure peregrinor. §. 41. *de* BOEHMER Meditat. ad Constitut. Crim. Carol. Art. 198. §. 4. pag. 907. Nur darin geht Böhmer zu weit, daß er den Verwiesenen auch sogar noch das Recht der statutarischen Erbfolge gestatten will. Denn diese steht wohl unstreitig nur den Einwohnern des

dieser Zustand der mittlern römischen Capitisdeminution auf keine Weise gleichgeachtet werden [98]). Zwar kann man durch die Erklärung in die Reichsacht aller bürgerlichen Rechte, so wie auch seiner Ehre und Güter verlustig werden. Allein nach der Strenge der teutschen Reichsgesetze [99]) ist dieselbe noch härter, als die mittlere Röm. Capitisdeminution; weil ein solcher Geächteter auch den Schutz für seine Person verliert, und von Jedermann getödet werden kann, welche Folge keine Römische Capitisdeminution nach sich zog [100]). Endlich soviel die capitis deminutionem minimam anbetrift, so erleiden dieselbe auch noch heutiges Tages die Arrogirten und Legitimirten, denn sie hören auf, sui iuris zu seyn, und werden in die väterliche Gewalt gebracht; die Emancipirten aber verlieren zwar, selbst nach dem neuern römischen Rechte, das Erbrecht nicht, allein doch das ius sui heredis, mithin leiden sie wenigstens zum Theil noch die Folgen der capitis deminutionis minimae [1]).

---

des Landes zu, wie auch schon Kleinschrod in der systemat. Entwikelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 3. Th. §. 55. S. 104. bemerkt hat.

98) *Frid. Ulr.* PESTEL Exercitat. exhibens usum practicum capitis deminutionis mediae. *Rintelii* 1733.

99) Landfriede v. J. 1495. §. 3. und von 1548. Tit. Pön der Friedbrecher.

100) An der heutigen Anwendbarkeit dieser Strenge zweifelt indessen mit Recht Kleinschrod a. a. O. S. 105.

1) Es ist also unrichtig, wenn einige Rechtsgelehrten den heutigen Gebrauch der capitis deminutionis minimae läugnen wollen, deren

Lib. I. Tit. VI.

De

his, qui sui vel alieni iuris sunt.

§. 129.

Entwickelung des Begriffs vom Familienzustand, und der daher entstehenden Eintheilung der Menschen in *homines sui* und *alieni iuris.*

Der dritte besondere bürgerliche Zustand nach dem römischen Rechtssystem ist endlich der *Status familiae.* Man versteht darunter den Zustand eines Bürgers, daß er entweder selbst das Haupt einer Familie, oder wenigstens Mitglied derselben ist, und in dieser Eigenschaft an dem Genuß der Familienrechte Antheil nimmt. Das Wort *familia* hat in unsern Gesetzen verschiedene Bedeutungen. Es wird nämlich, wie **Ulpian**[2]) lehrt, theils von Sachen, theils von Personen gebraucht. Wird es von Sachen gebraucht, so versteht man darunter das ganze Ver-

deren Meinung *Ios.* FERNANDEZ *de* RETES Opusculor. cap. VI. §. 3. et 4. (Tom. VI. *Thes. Meermann.* pag. 40.) *de* COCCEII in iure civ. controv. Lib. IV. Tit. 5. Qu. 2. EMMINGHAUS ad EUNDEM not. x. CONRADI in Parergis pag. 192. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 191. widerlegt haben.

2) *L.* 195. *D. de Verb. Signif.* Hier sagt Ulpian §. 1. *Familiae* appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in *res* et in *personas* deducitur. *In res*, utputa in Lege XII. Tabularum his verbis, *adgnatus proximus familiam habeto.*

Vermögen eines Menschen, insonderheit die Verlassenschaft eines Verstorbenen. So wird es in den Gesetzen der XII. Tafeln: *agnatus proximus familiam habeto*, und in dem Titel der Pandecten *familiae erciscundae* genommen. Wird es hingegen von Personen gebraucht, so bedeutet es 1) *iure proprio* einen Inbegriff aller derjenigen freyen Personen, welche der Gewalt eines Familienoberhaupts entweder von Natur, oder nach der Verordnung der bürgerlichen Gesetze unmittelbar unterworfen sind, und welche zusammen, mit dem Haupte der Familie, ein Haus (*domus*) im rechtlichen Verstande ausmachen. Ulpian[3]) sagt: *Iure proprio familiam* dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae: utputa, patremfamilias, matremfamilias, filiumfam. filiamfam. quique deinceps vicem eorum sequuntur, utputa nepotes et neptes et deinceps; und Cajus[4]) setzt noch hinzu: *Familiae* appellatione et ipse princeps familiae continetur. 2) *Communi iure* nennt man den Inbegriff aller Agnaten, die unter demselben Familienoberhaupt gestanden haben, und durch seinen Tod sui iuris geworden sind, eine Familie, obgleich auch jeder derselben für sich eine eigene Familie ausmacht. Ulpian[5]) sagt: *Communi iure familiam* dicimus *omnium agnatorum*, Nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte *eiusdem familiae* appellabuntur, qui *ex eadem domo et gente* proditi sunt. 3) heißt *Familia* auch soviel als gens,

3) *L. 195. §. 2. D. de Verbor. Significat.*

4) *L. 196. D. eodem.*

5) *L. 195. §. 2. D. eodem.*

gens, das ist, ein Inbegriff aller derjenigen freyen Bürger, die, wie Ulpian[6]) sagt, ab eodem ultimo genitore abstammten, aber doch so weitläuftig verwandt waren, daß sie den Grad ihrer Verwandtschaft nicht angeben, sondern nur den Beweis derselben durch das nomen gentilitium und durch die imagines gentilitias führen konnten[7]). Endlich versteht man 4) unter *Familia* auch das ganze corpus der Sklaven, die ein Herr in seinem Hause und in seiner Gewalt hatte[8]). Diese Bedeutung hat das Wort in dem Titel der Pandecten: *si familia furtum fecisse dicatur*; ferner in dem Edict des Prätors *de vi et vi armata*, in welchem es heißt: Unde tu illum vi deiecisti, aut *familia tua* deiecit[9]). Sonst gehören eigentlich Sklaven zu den Sachen, und also zu derjenigen Bedeutung des Worts *familia*, da es für das Vermögen eines Menschen genommen wird. Man sieht aus diesen verschiedenen Bedeutungen, daß das Wort *familia* im eigentlichen Sinne des römischen Rechts einen Inbegriff aller derjenigen Personen und Sachen bezeichnete, die unter der Gewalt und Herrschaft eines Familienoberhaupts standen[10]). Eine Familie in diesem eigentlichen

6) *L.* 195. §. 4. *D. eodem.*

7) *Ern. Mart.* CHLADENIUS de gentilitate vet. Romanorum (*Lipsiae* 1742.) Cap. I. §. 2. et 3.

8) *L.* 195. §. 3. *D. de V. S.*

9) *L.* 1. *pr. D. de vi et vi arm.*

10) Sehr schöne Aufklärungen über Familie und Familienrecht nach dem System des römischen Rechts findet man beym *M. Aurel.* GALVANUS de Usufructu Cap. VIII. n. 8. et sqq. *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeteritione Cap. IV. V. et VI. Die neuere Dissertat. des *Theod. Ioan. Adrian. van* LOM de familia. *Lugd. Batav.* 1785. 4. macht jenen Vorgängern den Rang eben nicht streitig.

lichen Sinne des römischen Rechts bestand also a) aus **Personen**, deren zwar, wie sie Ulpian in der oben angeführten Stelle angiebt, mehrere von einander sehr verschiedene waren, aber doch unter einander in einer so engen Verbindung standen, daß sie vermöge einer rechtlichen Fiction nur als eine Person angesehen wurden [11]), jedoch mit dem Unterschiede, daß dem patrifamilias die Herrschaft und Gewalt in seinem Hause zugeschrieben wird. Daher sagt Ulpian [12]): *Paterfamilias* appellatur, qui in domo dominium habet, und Cajus [13]) nennt ihn Princeps familiae. Zur Familie in der angeführten Bedeutung des Worts werden aber auch b) **Sachen** gerechnet, die dem Familieneigenthum des Paterfamilias unterworfen waren. Daher wird

11) Einige neuere Rechtsgelehrte wollen zwar diese Einheit der Person in Zweifel ziehen, als *Andr. Flor.* RIVINUS in Diss. de figmento fictionis unitatis personae inter patrem et filium. Vitemb. 1760. und *Lud. God.* MADIHN in Principiis Iuris Rom. Part. I. §. 36. p. 51. Allein die unläugbaren wichtigen und gemein bekannten Wirkungen dieser Einheit der Person zwischen dem Hausvater und der seiner Gewalt unterworfenen Personen widerlegt jene Meinung hinlänglich. Man sehe **Höpfners** Commentar über die Institutionen §. 100.

12) *L. 195. §. 2. D. de V. S.*

13) *L. 196. pr. D. de V. S.* Daher wird nur vom Patrefamilias gesagt, *quod habeat familiam*, von den Kindern und Enkeln aber, die unter seiner Gewalt sind, sagen die Gesetze, *eos esse in familia*. *L. 23. D. de adopt. L. 41. §. 2. D. de vulg. et pup. substit. L. 1. §. 6. D. de coniung. cum emancip. lib.* Vid. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *familia* n. 4. Ferner liberi patris, non matris, familiam sequuntur. *L. 196. §. 1. D. de V. S.*

wird das geſammte Vermögen eines Hausvaters in unſern Geſetzen oft *familia* genennt, wie bereits oben bemerkt worden iſt. Die zur Familie gehörigen Sachen waren jedoch bey den Römern von zweyerley Art; einige zum Hausgottesdienſt, andere zur Hauswirthſchaft und Oekonomie beſtimmt. Denn eine jede Familie hatte ihre ſacra privata, und dieſe waren von den Familiengütern unzertrennbar [14]. An dieſen ſacris, ſo wie an dem übrigen zur Familie gehörigen Vermögen hatten zwar ſämmtliche eine Familie ausmachende Perſonen ein gemeinſchaftliches Recht [15]), jedoch ſtand dem patrifamilias, als dem Haupte der Familie, die Verwaltung und Dispoſition darüber allein zu [16]). Ihm wird daher in dieſer Rückſicht vom Ulpian in der oben angeführten Stelle das Familieneigenthum zugeſchrieben, welches ſich auch über das eigene Vermögen der zu ſeiner Familie gehörigen, und unter ſeiner Gewalt ſtehenden Perſonen, erſtreckte, und mehr als ein bloßer Nießbrauch war [17]). Denn wenn z. B. ein filius-

14) CICERO *de Legibus lib. II. cap.* 9. *et* 19. Conf. WOOGII Diſſ. de hereditate ſacrorum privatorum, und *Franc. Car.* CONRADI de coemtionibus ſacrorum interimendorum cauſa factis (in EIUS *Parergis* lib. II. n. 1.)

15) DIONYS. HALIC. *Antiquit. Rom.* Lib. II. p. 95. (edit. *Sylburg.*) *L.* 1. *D. de ritu nupt.* §. 2. *I. de hered. qualit. et differ. L.* 11. *D. de lib. et poſtum. hered. inſtit.*

16) Man ſehe hier vorzüglich *Hieron. van* BASSEN IONGBLOET Diſſ. de dominio patrisfamilias. *Lugduni Batavor.* 1785. 4. und GALVANUS de Uſufructu cap. VIII. nr. XII. ſqq.

17) Von dieſem dominio *ex iure familiae* competente, und deſſen Unterſchiede von dem gemeinen, oder eigentlich

ſo

filiusfamilias starb, der sich als Soldat ein peculium castrense erworben hatte, so fiel dieses Vermögen, wenn anders der Sohn kein Testament darüber gemacht hatte, dem Vater anheim, und dieser erhielt solches nicht sowohl als Erbe, sondern er behielt es vielmehr pristino peculii et potestatis iure, nicht anders, als ob es gleich Anfangs sein Eigenthum gewesen wäre [18]).

In Absicht auf diesen Familienzustand werden nun die Menschen in *homines sui* und *alieni juris* eingetheilt [19]). Erstere werden nämlich diejenigen genennt, welche der häuslichen Gewalt und Herrschaft eines Familienoberhaupts nicht unterworfen sind, sondern eine eigene Familie ausmachen [20]); und diese sind nach dem Unterschiede des Geschlechts entweder *patresfamilias* oder *matresfamilias* [21]). Diejenigen werden nun im

so genannten Eigenthumsrechte (dominio *ex iure proprietatis* competente) handelt ausführlich *Guil. Ioann.* PLEVIER in Diss. de duplici dominio. *Lugduni Batavor.* 1785. 4.

18) *L.* 1. *et* 2. *L.* 9. *L.* 14. *pr.* et §. 1. *L.* 17. *pr.* *L.* 19. §. 3. *D. de castrensi peculio.* *L. penult. Cod. eodem.* *L.* 44. *pr. D. de legat. I.* *L.* 18. *pr. D. ad L. Falcid.* THEOPHILUS in Paraphr. ad pr. I. Quib non est permiss. fac. testam. PLEVIER cit. Diss. pag. 11. sqq. und besonders *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. V. cap. 9. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 269. sqq.)

19) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

20) *Christ.* THOMASII Diss. de usu practico tituli Institut. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. *Halae* 1712. 4.

21) *L.* 4. *D. h. t.* Civium Romanorum quidam sunt *patresfamiliarum*; alii *filiifamiliarum*: quaedam *matresfamiliarum*; quaedam *filiaefamiliarum*. PATRESFAMILIARUM sunt, qui sunt suae potestatis, sive puberes sive impuberes: simili modo MATRESFAMILIARUM.

im Gegentheil *homines alieni iuris* genennt, die der häuslichen Gewalt oder Herrschaft eines Paterfamilias unterworfen sind, und diese sind wieder von zweyerley Art, entweder Söhne und Töchter, die unter der väterlichen Gewalt stehen, (*filii filiaeve familias*[22]); oder Sklaven und Sklavinnen, die der herrschaftlichen Gewalt eines Paterfamilias unterworfen sind (*servi et ancillae*).

Diejenigen Personen also, welche so wenig der herrschaftlichen als väterlichen Gewalt eines Hausvaters unterworfen sind, werden *sui iuris* genennt. Auf das Alter der Person kommt nichts an. Denn auch ein unmündiges Kind, sagt **Ulpian**[23]), kann paterfamilias seyn, wenn es ein freyer Mensch, und der väterlichen Gewalt nicht unterworfen ist. Eben so wenig wird, um paterfamilias zu seyn, erfordert, daß man Kinder und Sklaven wirklich in seiner Gewalt habe. Denn es kommt hier nicht auf die physische Qualität der Person, sondern auf das Recht an[24]). Daher sind nun die homines sui iuris wieder von zweyerley Art, entweder *perfecte tales*, wenn sie dasjenige Alter erreicht haben, nach welchem sie für fähig geachtet werden, sich und ihrem Vermögen selbst vorzustehen, ohne einen Vormund nöthig zu haben; oder *imperfecte tales*, wenn sie diese

22) *L.* 4. *cit.* FILIIFAMILIARUM et FILIAE, quae sunt in aliena potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est, nepos meus, et neptis, aeque in mea sunt potestate; et pronepos et proneptis et deinceps caeteri.

23) *L.* 195. §. 2. D. *de Verb. Signif.*

24) *L. cit.* wo Ulpian sagt: *non enim solum personam eius, sed et ius demonstramus.*

diese Fähigkeit noch nicht haben. Diese letztern stehen unter der Tutel oder Curatel. Die erstern aber nicht, von diesen sagen daher unsere Gesetze, *neutro iure tenentur*, das ist, sie stehen unter keiner Aufsicht, sondern sind sich selbst überlassen[25]. Weil nun unter der Tutel und Curatel Pupillen und Minderjährige stehen, Majorenne aber in der Regel keinen Vormund bekommen, ausser wenn sie blödsinnig oder Verschwender sind, so giebt dies unserm Verf. Gelegenheit, nun erst die Lehre von der Eintheilung der Menschen in Ansehung ihres Alters vorzutragen, ob sie gleich eigentlich nicht hierher gehört.

§. 130.

Eintheilung der Menschen in Ansehung des Alters.

In Absicht auf das Alter werden nun die Menschen in minderjährige (*minores*) und großjährige oder volljährige (*maiores*) eingetheilt[26]. Erstere werden nach dem Röm. Rechte diejenigen genennt, welche das fünf und zwanzigste Jahr noch nicht erfüllet haben, (*minores XXV. annis*). Solche minorenne Personen sind entweder noch Kinder (*infantes*), oder solche, welche die Kinderjahre

25) *Princip. Institut. de tutelis.*

26) Die vorzüglichsten Schriften über diese Materie sind: *Dav.* SCHEINEMANN Diss. de tempestivitate aetatis humanae. *Tubing.* 1668. *Christ.* WILDVOGEL Diss. de aetate et iuribus circa eam obtinentibus. *Ienae* 1724. *Christph. Lud.* CRELL Diss. de iure aetatis. *Lipsiae* 1724 (et in *Collect. Dissertat. Fasc. I. N.* 4.) und *Henr.* MOLLERI Diss. de eo, quod iustum est circa varias hominum aetates. *Trajecti ad Rhen.* 1732. et rec. *Helmstadii* 1744. 4.

jahre bereits überſchritten haben, (*infantia maiores*). Kinder heiſſen nach dem neuern römiſchen Rechte diejenigen, welche noch nicht ſieben Jahre alt ſind. Ich ſage nach dem neuern römiſchen Rechte, denn ehemals und noch zu den Zeiten derjenigen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Pandecten compilirt worden ſind, nannte man ohne ein gewiſſes Alter zu beſtimmen, einen Menſchen ſo lange ein Kind, bis er reden konnte [27]). Kr. Arcadius hob jedoch dieſe Ungewißheit des alten Rechts auf, und verordnete, daß ein Menſch bis in das ſiebende Jahr ſeines Alters für ein Kind gehalten werden ſollte [28]); bey welcher Beſtimmung es auch die nachfolgenden Byzantiniſchen Kaiſer gelaſſen haben [29]). Diejenigen, welche die Kinderjahre bereits überſchritten haben (*infantia maiores*), werden wieder in Unmündige (*impuberes*) und Mündige (*puberes*) eingetheilt. Unmündig iſt eine Mannsperſon, die

 noch

27) Dieſes beweiſen folgende Stellen der Pandecten: *L.* 65. §. 3. *D. ad SCtum Trebell. L.* 70. *D. de Verb Obligat. L.* 2. *D. rem. pup. ſalv. fore. L* 30. §. 2. 4. *et* 6. *D. de fid. libertat.* junct. *L.* 1. §. 15. *D. de magiſtr. conv. L.* 9. *D. de acquir. hered. L.* 217. *D. de Verb. Signif. L.* 5. *D. de R. I.* In allen dieſen Geſetzſtellen heißt INFANS is, qui fari non poteſt. Zwar finden ſich ein paar Stellen in den Pandecten, in welchen der für die Periode der Kindheit beſtimmten ſieben Lebensjahre bereits Erwähnung geſchiehet, nämlich *L.* 1. §. 2. *D. de adminiſtr. tut.* und *L.* 14. *de ſponſal.* Allein die Hand des Tribonians iſt darin unverkennbar, wie ſchon *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 8. Cod. Theod. de bonis matern. bemerkt, und Moller in der angeführten Diſſertat. Cap. I. §. 3. augenſcheinlich dargethan hat.

28) *L.* 8. *Cod. Theod. de bon. matern.*

29) *L.* 18. *pr. et* §. 4. *Cod. Iuſt. de iure deliber.*

noch nicht das vierzehnte, eine Frauensperson aber, die noch nicht das zwölfte Jahr vollendet hat. Es kommt also hier auf den Unterschied des Geschlechts an. Jedoch kommt dieser nur eigentlich in bürgerlichen, nicht aber in peinlichen Sachen in Betrachtung. Denn in peinlichen Fällen werden nach dem heutigen Gerichtsgebrauche alle diejenigen noch für unmündig gehalten, welche das vierzehnte Jahr ihres Alters noch nicht zurückgelegt haben[30]). Die Unmündigen sind wieder entweder *infantiae proximi*, oder *pubertati proximi*. So gewiß die Gesetze diesen Unterschied anerkennen[31]), und so wichtig derselbe in Ansehung seiner Wirkungen ist[32]), so wenig treffen wir doch davon irgendwo in den Gesetzen eine deutliche und gewisse Bestimmung an. Kein Wunder, wenn daher die Rechtsgelehrten über diesen Punkt nicht mit einander einverstanden sind[33]). Den mehrsten Beyfall scheint jedoch die Meinung des Accursius

30) Arg. *Art.* 164. C. C. C. Man sehe de BOEHMER Meditat. ad art. 164. C. C. C. Ebendesselben Observat. ad *Carpzovium* P. III. Quaest. 143. Obs. I. und Westphal im Criminalrecht, Anmerk. XI. §. 7. Es beruhet indessen diese Meinung mehr auf einer Usualerklärung, als daß sie in dem angeführten Gesetz gegründet wäre, wie Kleinschrod in der systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 1. Th. §. 37. S. 174. gezeigt hat.

31) §. 10. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 13. §. 1. *D. de dolo malo.* *L.* 111. *D. de div. Reg. iuris.*

32) Man bedenke z. B. was *L.* 111. *cit.* sagt: pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi, et iniuriae faciendae.

33) Die verschiedenen Meinungen prüft MOLLER in der angeführten Dissertat. Cap. II. §. 1.

cursius gefunden zu haben[34]. Dieser theilt die ganze Zeit von zurückgelegter Kindheit an, bis zur Pubertät in zwey gleiche Theile. Hat ein Unmündiger die eine Hälfte dieses Zeitraums zurückgelegt, so ist er nach seiner Meinung *pubertati proximus*, in dem entgegengesetzten Falle aber *infantiae proximus*. Jedoch macht er einen Unterschied in Ansehung des Geschlechts; nämlich wenn eine Weibsperson noch nicht 9½, eine Mannsperson aber noch nicht 10½ Jahr alt ist, so seyen sie *infantiae proximi*; haben sie aber diese Jahre schon zurückgelegt, *pubertati proximi*. Allein meines Erachtens läßt sich dieser Maasstab mit dem Geist der Gesetze nicht vereinigen. Mit gutem Vorbedacht haben die Gesetze hier keine gewisse Zahl von Jahren bestimmt, sondern wollen vielmehr, daß in jedem vorkommenden Falle aus der Beschaffenheit der Leibes- und Seelenkräfte, die sich denn aber freylich bey dem einen jungen Menschen früher, bey dem andern später entwickeln, beurtheilt werden solle, ob ein Unmündiger pro pubertati, oder pro infantiae proximo zu halten sey. So lange sich nun also Unmündige noch in dem Zustande der ihrem zarten und jugendlichen Alter natürlichen Einfalt und körperlichen Schwäche befinden, wo man bey ihren Handlungen so wenig eine Ueberlegung und Bosheit, als Kräfte zur Ausführung derselben annehmen kann, vielmehr ihre Handlungen überall noch das Gepräge des jugendlichen Leichtsinns und Unverstandes

 an

34) Ihm stimmen, ausser unserm Verfasser, bey, DONELLUS ad L. 127. D. de Verb. Obl. VINNIUS ad §. 10. Inst. de inutil. stipulat. HUBER Praelect. ad tit. Dig. de statu hom. §. 6. COCCEJI iur. civ. controv. Tit. de pactis Qu. 29. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts 3. Th. S. 70.

an sich tragen, so sind sie, ohne daß es dabey auf ein gewisses Alter ankommt, *infantiae proximi;* haben aber Unmündige schon ein solches Maas von Leibes- und Seelenkräften erlangt, daß man bey ihren Handlungen Einsicht, bedachtsame Ueberlegung, ja Arglist und Bosheit wahrnimmt, so sind sie *pubertati proximi.* Es ist also die ganze Sache dem Ermessen des Richters zu überlassen. Dies ist die Meinung eines Corasius[35]), Göddäus[36]), Robertus[37]) und anderer[38]) berühmter Rechtsgelehrten, welche Jacob Gothofred[39]) für die richtigste hält, und der auch Joseph Averanius[40]) seinen Beyfall giebt. Sie ist auch in Wahrheit diejenige Meinung, die sowohl mit den römischen, als teutschen Gesetzen am meisten übereinstimmt. Denn

35) Miscellaneor. lib. VI. cap. 23.

36) de contrah. stipulat. cap. 7 n. 204.

37) Receptar. Lectionum lib. II. cap. 17.

38) S. MOLLER cit Differt. Cap. II. §. 1. pag. 23.

39) in Commentar. ad L. 111. D. de Reg. Iuris.

40) Interpretation. iuris Lib. II. cap. 14. n. 1. Dieser elegante Rechtsgelehrte sagt: *Infantiae proximus a proximo pubertati distinguitur non tam aetate, quam ingenio, calliditate, malitia. Certissimo argumento esse potest, quod Veteres in his distinguendis numquam aetatis, semper intellectus, et malitiae meminerunt, et pupillos, non infantes, alios habere intellectum dixerunt, alios non habere: item aut esse doli ac delicti capaces, aut non esse* L. 111 D. de R. Iur. §. 10. I. de inutil. stipulat L. 14 D. ad SCtum Silanian. L. 1. §. 15. D. depositi. *Quoniam vero ingenii vis in aliis citius, in aliis serius perficitur: idcirco a Veteribus nulla certa aetas est definita. Quamobrem existimaverim, verosimillimam esse sententiam eorum, qui putant, id totum arbitrio iudicis committendum.* L. 1. §. ult. D. de iure delib.

Denn die Gesetze des römischen Rechts unterscheiden bey Unmündigen, welche die Kinderjahre schon zurückgelegt haben, zwischen solchen, die Einsicht und Verstand (intellectum) haben, und solchen, die denselben noch nicht haben [41]; desgleichen zwischen solchen, die einer Bosheit und eines Verbrechens fähig sind, und solchen, die es nicht sind [42]. Sie erfordern ferner, besonders in peinlichen Fällen, daß ein pubertati proximus nicht mehr weit von der Pubertät entfernt sey [43], sondern, wie sich die peinliche Gerichtsordnung Carls V. [44] ausdrückt, nahe bey vierzehn Jahren alt sey [45].

41) §. 10. *I. de inutil. stipulat. L.* 14. *D. ad SCtum Silanian. L.* 1. *§.* 3. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

42) *L.* 13. §. 1. *D. de dolo malo. L.* 1. *§.* 15. *D. depositi. L.* 111. *princ. D. de Reg. Iur.*

43) *L* 14. *D. ad SCtum Silanian.*

44) Art. 164. Vortrefflich erklärt diese Stelle Meister in den rechtlichen Erkenntnissen und Gutachten in peinlichen Fällen, I Th. Decis. VI. n. 18. wenn er sagt, daß die P. G. O. unter den pubertati proximis, die nahe bey vierzehn Jahren alt sind, nicht alle junge Leute, die von ihrem siebenten Jahre an, die Helfte zu ihrem vierzehnten Jahre zurückgelegt haben, als welche Berechnung des Alters ohnehin von den Gesetzen nicht vorgeschrieben sey, sondern, wie der Augenschein lehre, solche Personen verstehe, die bereits im vierzehnten Jahre stehen, aber solches noch nicht zurückgelegt haben, oder höchstens auch die, welche in ihrem dreyzehnten Jahre dem Eintritt des vierzehnten nahe sind.

45) Mit mir stimmt hierin überein Kleinschrod in der systemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 1. Th. §. 85. und 87.

Die eigentliche Mündigkeit (*pubertas*) tritt nun also nach dem Civilrechte bey Mannspersonen mit dem vollendeten vierzehnten, bey Personen weiblichen Geschlechts aber mit dem vollendeten zwölften Jahre ein. Warum Weibspersonen zwey Jahre eher die Pubertät erreichen, hat wahrscheinlich den Grund, weil sie eher die Zeugungsfähigkeit erlangen, und zum Ehestande reif werden, als Mannspersonen, und da das Temperament allerdings auch auf den Verstand wirkt, so glaubten die Alten, daß sie auch eher gescheid würden, als die Mannspersonen [46]). In Ansehung des weiblichen Geschlechts war zwar jenes Ziel der Mündigkeit schon längst vor Justinian durch ein gewisses Gesetz, nämlich durch die *Lex Papia Poppaea*, bestimmt [47]). Allein

46) S. HUBER in Digressionib. Iustinian. lib. II. cap. 13. Lächerlich sind die Ursachen, welche die Glosse zur *L. 5. D. qui testam. facere possunt* erzählt.

47) DIO CASSIUS lib. LIV. pag. 531. HEINECCIUS in Commentar. ad Legem Iuliam et Pap. Poppaeam lib. II. cap. V. §. 2. pag. 181. sqq. MERILLIUS in Observat. lib. V. cap. 17. Daher kommen so viele Stellen in den Pandecten vor, in welchen gesagt wird, daß Weibspersonen nicht eher als nach erfülletem zwölften Jahre mannbar, und fähig wären, sich zu verehelichen, S. *L. 4. de ritu nuptiar. L. 32. §. 27. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 17. §. 1. de rebus auct. iud. possid.* Dieses anfänglich blos wegen der Ehen gesetzlich bestimmte Alter der weiblichen Mündigkeit wurde in der Folge durch die Gutachten der römischen Rechtsgelehrten in allen übrigen bürgerlichen Rechtsfällen, wo von der Mündigkeit der Weibspersonen die Frage ist, festgesetzt. Z. E. bey Testamenten, Pupillar-Substitution, Tutelen u. d. *L. 5. D. qui testam. fac. poss. L. 2. pr. D. de vulg. et pup. substitut. L. 11. pr. quod fals. tutore. L. 3. de censib.*

Allein in Ansehung der männlichen Pubertät fehlte es vor den Zeiten Justinians an einer solchen gesetzlichen Bestimmung. Daher waren die römischen Rechtsgelehrten über diesen Punkt sehr verschiedener Meinung[48]). Die Cassianer wollten die Pubertät bey Mannspersonen aus der Beschaffenheit des Körpers und der Zeugungsfähigkeit beurtheilt wissen, und hielten deswegen eine Besichtigung für nöthig[49]). Die Proculianer hingegen nahmen die Meinung der damaligen Naturforscher an, daß mit dem vollendeten vierzehnten Jahre die männliche Pubertät eintrete[50]). Priscus, ob Neratius, oder Javolenus? weiß man nicht, gieng den Mittelweg. Er behauptete nämlich, es komme auf beydes zugleich an; weder die individuelle Reife ohne das Alter, noch dieses ohne jene sey hinreichend[51]). Von allen gedenkt Justinian immer nur der letztern Meinung[52]). Es scheint also, daß diese vor seinen Zeiten vielleicht den meisten Beyfall gefunden habe[53]). Aus mehreren Fragmenten sowohl der römischen Juristen[54]), als kaiserli-

48) Man sehe MERILLIUS Observat. lib. I. cap. 22. lib. V. cap. 16. lib. VIII. cap. 29. BYNCKERSHOEK Observat. iuris Rom. lib. III. cap. 24. *Ulr.* HUBER Digression. Iustinian. lib. III. cap. 13. et 14. GUNDLING in Gundlingianis St. XXIV. N. 2. S. 340—366. MASCOV de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 2. sqq.

49) ULPIAN *Fragm. tit. XI. §. ult.*

50) PLUTARCH lib. V. de placit. Philosophor. c. 24.

51) ULPIAN. *Fragm.* c. l.

52) *Pr. I. quib. mod. tut. finit. L. ult. C. Quando tutor. vel curat. esse desin.*

53) BYNCKERSHOEK c. l. pag. 218.

54) *L. 5. D. qui testam. fac. poss. L. 2. pr. et L. 15. D. de vul. et pupill. substit. L. 11. pr. quod falso tut. L. 3. D. de*

serlichen Verordnungen[55]) läßt sich indessen schliessen, daß man, wenigstens in solchen Fällen, wo es nicht gerade auf Ehemündigkeit ankam, z. B. bey Testamenten, schon immer ein gewisses Alter, ohne Rücksicht auf individuelle Reife, angenommen habe[56]). Die Sache blieb indessen zweifelhaft, bis Justinian den Streit entschied[57]). Dieser gab nämlich eine Verordnung, worin er die Lehre der Proculianer billigte, und festsetzte, daß eine Mannsperson in allen Fällen nach vollendetem vierzehnten Jahre eben so, wie eine Weibsperson nach vollendetem zwölften Jahre, für mündig gehalten werden solle[58]).

Daß

de cens. Cujaz lib. XXII. Observat. cap. 20. und Augustin lib. III. Emendat. cap. 5. wollen zwar diese Stellen für interpolirt halten; allein ohne genugsamen Grund, denn auch Paulus *Receptar. Sent.* lib III Tit. IV. §. 1. MACROBIUS *in Somn. Scipionis* lib. I. c. 6. und *Saturnal.* VII. 7. stimmen mit denselben aufs genaueste überein.

55) *L. 4. C. Qui testam. fac. poss.*

56) *Ian. a* COSTA ad princ. Instit. quib. mod. tut. finit. pag. 112. *Ant.* SCHULTING ad *Ulp* Fragm. Tit. XI. §. 28. not. 89. (in *Iurisprud. Antejust.* pag. 604.) und Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 46. S. 36.

57) QUINTILIAN. *Institut. orat.* IV. 2. MERILLIUS lib. V. Observat. cap. 16.

58) *Princ. I. quib. mod. tut. finit.* — Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem Majestas dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, bene putavit, quod in foeminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, *pubertatem in masculis post decimum quartum annum*

com-

Daß ein Mensch das 15te oder 13te Lebensjahr schon angetreten, und also das 14te oder 12te Jahr überschritten habe (excesserit), wird zur Mündigkeit nicht erfordert, sondern es ist genug, wenn er es vollendet hat (complevit). Dies ist nun aber nach der Civilcomputation, welche hier in der Regel Statt findet, schon alsdann vollendet, wenn Jemand den letzten Tag des 14ten oder 12ten Lebensjahrs angefangen hat[59]). Dabey gilt nicht nur der Grundsatz: *ultimus dies inceptus habetur pro completo*; sondern es ist auch der letzte Tag, wie **Ulpian** nach **Marcian** lehrt[60]), nicht erst der Geburtstag, sondern schon der vorhergehende Calendertag, so daß derjenige, welcher vor 14. Jahren am 1. Januar, es sey, in welcher Stunde es wolle, gebohren worden, schon in der Nacht vom 30sten auf den 31sten December, gleich

completum illico initium accipere disposuimus: antiquitatis normam in foeminis bene positam, in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viripotentes esse credantur. Die Verordnung selbst ist *L. ult. Cod. Quando tutor. vel curat. esse desinunt.*

59) *L. 5. D. qui testam. fac. poss.* S. Herrn Kanzlers Koch Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren. Giessen 1796. §. 11. ff.

60) *L. 5. D. cit.* Plus arbitror. etiamsi *pridie Kalendarum* (Ianuarii) fecerit, post sextam horam noctis, valere testamentum: *iam enim complesse videtur annum quartum decimum*, ut MARCIANO videtur. Der Grund dieser Computation war wohl ursprünglich der, weil viele Menschen zwar den Tag, aber nicht die Stunde ihrer Geburt wissen. Daß sie indessen auch dann Statt finde, wenn man gleich die Stunde weiß, in welcher man gebohren ist, hat keinen Zweifel.

gleich nach 12. Uhr, für mündig zu halten ist[61]). So lange jedoch Weibspersonen noch nicht vierzehen, Mannspersonen aber noch nicht achtzehen Jahre alt sind, heißt diese Mün-

61) S. Hrn. Prof. Hagemeister über die Mündigkeit zum Testiren; (in Hugo civilistischen Magazin 3. B. 1. Heft 1798. Nr. I.) Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 62. Not. 8. S. 89. folg. (der 6sten Auflage von 1798.) und Hr. Prof. Hugo im Lehrbuch des heutigen röm. Rechts (Berlin 1799) §. 11. Anderer Meinung ist Hr. Heinrich Wilh. Schultes in den Bemerkungen über die Mündigkeit zum Testiren nach röm. Rechte. Jena 1800. Dieser versteht unter dem letztern Tage, da die Pubertät eintritt, den Geburtstag selbst, nicht den vorhergehenden Kalendertag. Nach seiner Erklärung der *L.* 5. *cit.* soll Ulpian soviel sagen: Wer am 1. Januar 1784. gebohren ist, von dem werde vermöge der Civilcomputation angenommen, er sey zum Testiren mündig, sobald in der Nacht vom 31. Dec. 1797. zum 1. Januar 1798. die Glocke zwölf geschlagen hat. Denn nun habe er den Eintritt des 14. Jahrs erlebt, und dies sey sogut, als wenn er die 24ste Stunde vom 1. Jenner selbst verlebt hätte. Allein mit so viel Gelehrsamkeit auch diese Meinung ausgeführt ist, so scheint es mir doch noch immer ausser Zweifel zu seyn, daß Ulpian von zwey ganz verschiedenen Fällen redet; 1) wenn Jemand, der am 1. Jenner vor 14 Jahren gebohren ist, an diesem seinen 15ten Geburtstage (*ipso natali suo*) ein Testament macht; und 2) wenn er schon den Tag vorher, also am 31. December, (*pridie* Kalendarum), testirt. In beyden Fällen gilt das Testament. Denn in dem erstern Falle *excessit* quartum decimum annum, im letzten Falle aber *complevit* hunc annum. Nun ist letzteres zur Mündigkeit hinreichend. Wollte man beydes für einen und eben denselben Tag erklären, so wären die Worte *Plus arbitror*, ohne Bedeutung. Ulpian drückt sich an andern Orten eben so aus; *L.* 1. *D. de manumiss. L.* 7. *D. de usurpat. et usucap.*

Mündigkeit nur eine unvollkommene, (*pubertas minus plena*); haben sie aber jenes Alter erreicht, so tritt nun die völlige Mündigkeit ein. Es ist indessen diese letztere immer nur als eine Ausnahme von der Regel anzusehen. Der Regel nach wird daher die unvollkommene Mündigkeit angenommen, wenn der Pubertät schlechthin Erwähnung geschiehet, und diese ist in den meisten Fällen hinreichend, wo nicht entweder nach ausdrücklichen Gesetzen, oder nach dem heutigen Gerichtsgebrauche eine Ausnahme Statt findet. Dahin gehört, a) wenn Jemand adoptiren will[62]. b) Wenn einer Person die Alimente bis zur erlangten Mündigkeit vermacht worden sind. Diese genießt eine Mannsperson bis zum 18ten, eine Weibsperson aber bis zum 14ten Jahre, idque *pietatis intuitu*, sagt Ulpian[63], in hac specie alimentorum esse observandum, non est incivile. c) Soll niemand unter 18 Jahren zum iudex bestellet werden[64]. Man erfordert ferner heutzutage d) zur Schliessung einer Ehe[65]; so wie auch e) zur Ableistung eines gerichtlichen Eides die volle Mündigkeit[66].

Ausser

62) §. 4. *I. de adopt. L.* 40. §. 1. *D. eodem.*

63) *L.* 14. §. 1. *D. de aliment. legat.* Man vergleiche über dieses Gesetz *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Tom. II. lib. V. cap. 9. n. 5 und MERILLIUS lib. III. Observat. cap. 29. Den Unterschied, den übrigens SURDUS in Tr. de alimentis priv. legat. Cap 58. n. 8. zwischen Armen und Reichen macht, verwirft mit Recht AVERANIUS a. a. O. cap. 10.

64) *L.* 57. *D. de re iudicat.*

65) S. Frid von Bülows und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Nr. LXI.

66) Vide *Autorem* §. 793.

Ausser diesen Fällen kann endlich zuweilen ein besonderes Gesetz, Vertrag oder Testament die völlige Mündigkeit zur Bedingung festsetzen.

Ob nun gleich nach dieser Vorstellungsart die Minderjährigkeit eigentlich ein dreyfaches Alter in sich begreift, nämlich 1) die Kindheit, 2) das Alter der Unmündigkeit (pueritia, aetas pupillaris), und 3) die Mündigkeit oder Mannbarkeit (pubertas, s. adolescentia)[67]; so darf ich doch nicht unbemerkt lassen, daß unsere Gesetze die Minderjährigkeit häufig auch nur in zwey Perioden zertheilen, nämlich das Alter der Unmündigkeit, und das Alter der Mündigkeit. Das erstere wird *aetas prima* genennt, und diese begreift alsdann sowohl die Jahre der Kindheit, als des Pupillaralters unter sich; das andere hingegen wird *aetas secunda* genennt[68]. Beyde Alter sind in Ansehung ihrer Wirkungen und der davon abhangenden Rechte gar sehr verschieden. Dieses wird sich jedoch erst in der Folge zeigen. Hier will ich nur einige ganz allgemeine Bemerkungen hinzufügen.

I) Kinder werden wegen Mangels an Einsicht dessen, was sie unternehmen, von den Gesetzen den Rasenden und Wahnsinnigen gleichgeachtet[69]. Ihre Handlungen

67) S. HOFACKER in Princip. iuris Rom. Germ. Tom. I. §. 242 — 244.

68) L. 30. C. *de episcop. audient.* L. 10. C. *de impub et aliis substitut.* L. 8. §. 3. C. *de bon. quae lib.* Man sehe nach BRISSONIUS de Verbor. Significat v. aetas; vorzüglich aber *Aem. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate ad L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. *Marb.* 1753. §. XI. et XII.

69) §. 10. *I. de inutilib. stipulat.* L. 209. *D. de Verb. Signif.*

gen können daher weder Rechte noch Verbindlichkeiten wirken.

II) **Unmündige**, die zwar über die Jahre der Kindheit hinaus, aber doch **der Kindheit näher, als der Mündigkeit sind**, (*infantiae proximi*), werden in Ansehung solcher Handlungen, die ihnen zum Nachtheil gereichen, z. E. wenn sie unerlaubte Handlungen begehen, den Kindern gleichgeachtet; ist hingegen von der Fähigkeit, Rechte zu erwerben, und andere sich zu verbinden, überhaupt davon die Rede, was ihnen zum Nutzen gereicht, so haben sie dieselben Rechte, welche den pubertati proximis zukommen [70]).

III) Solche **Unmündige** hingegen, welche **der Mündigkeit nahe sind**, (*pubertati proximi*), werden in Ansehung der Zurechnung und Strafbarkeit unerlaubter Handlungen mehr nach dem Rechte der Mündigen, als der Kinder beurtheilt. Man rechnet ihnen nicht nur grobe Nachlässigkeit zu, sondern sie werden auch sogar eines bösen Vorsatzes fähig geachtet [71]), inzwischen pflegt man solche junge Verbrecher nicht leicht am Leben zu strafen [72]), **wenn nicht etwa die Bosheit bey ihnen das Alter erfüllen möchte** [73]). In Ansehung erlaubter Hand-

70) §. 10. *l. cit. L.* 9. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

71) *L.* 13. *§.* 1. *D. de dolo malo. L.* 111. *D. de div. Reg. Iuris.* **Kleinschrods** syst. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 85. ff.

72) **Peinl. Gerichtsordn.** Art. 164.

73) Was dies sagen wolle, erklärt **Meister** in den rechtl. Erkenntnissen und Gutachten in peinlichen Fällen 1. Th. Decis. VI. n. 21. S. auch BOEHMER ad Carpzovium P. 3. Quaest. 143. Obs. 2. KRESS in Commentar. ad Art. 164. not. 4.

Handlungen aber, wenn von deren Verbindlichkeit die Rede ist, hat es zwar keinen Zweifel, daß ein solcher Unmündiger mit Zuziehung seines Vormundes alle verbindliche Geschäffte gültig eingehen könne; befindet sich indessen derselbe noch in väterlicher Gewalt, so kann er nach dem röm. Rechte nicht verbindlich gemacht werden, wenn gleich der Vater das Geschäfft genehmiget [74]).

Die Minderjährigkeit dauert übrigens nach dem römischen Rechte bis zum Ende des fünf und zwanzigsten Jahres. Ist dieses vollendet, so tritt die Majorennität, Volljährigkeit, oder Großjährigkeit, ein. Diese Bestimmung gründet sich auf das Lätorische Gesetz [75]), welches daher auch von den Alten *lex quinavicennaria* [76]) genennet wird. Hier findet kein Unterschied des Geschlechts statt, denn auch Weibspersonen, wenn sie gleich früher die Pubertät erreichen, werden doch, eben so wie Mannspersonen, erst nach vollendetem fünf und zwanzigsten

74) §. 10. *I. de inutil. stipulat.* — Sed qui in potestate parentis est impubes, *ne auctore quidem patre obligatur*, add. *L.* 141. §. 2. *D. de Verb. Oblig.* DONELLUS in Commentar. ad L. cit. 141. D. de Verb. Obligat. pag. 412. Nach der Meinung mehrerer Rechtsgelehrten fällt dieser Unterschied heut zu Tage weg. S. VINNIUS in Comment. ad §. 10. I. de inutil. stipulat. n. 6. und ZOESIUS in Comm. ad §. eund. I. pag. 519.

75) Verfasser und Zeitalter dieses Gesetzes sind nicht gewiß. Gewöhnlich schreibt man es dem Tribun M. Lätorius Plancianus zu, und setzt es ins Jahr der Erb. Roms 490. S. *Io. Hieron.* HETZER Diss. ad Legem Laetoriam. *Lipsiae* 1749.

76) *L.* 2. *C. Th. de donat.* (lib. VIII. tit. 12.) PLAUTUS in Pseudolo Act. 1. Sc. 3. v. 68. 69.

sten Jahre majorenn. Die Zeit wird hier natürlich computirt, a momento in momentum, wie **Ulpian**[77]) sagt; nämlich in sofern diese Computation dem Minderjährigen zum Vortheil gereicht, wie z. B. bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; ausserdem kann auch eine Civilcomputation Statt haben, wenn ihm diese vortheilhafter ist [78]). Der Grund jenes Termins der Volljährigkeit scheint übrigens folgender zu seyn. Die Alten nahmen hundert Jahre für das höchste Ziel des menschlichen Lebens an [79]). Hat nun der Mensch das erste Viertel dieser Lebenszeit zurückgelegt, so glaubte man, er habe nun dasjenige Maas von Leibes- und Seelenkräften erlangt, welches erfordert wird, um sich und sein Vermögen selbst zu dirigiren. So lehrten auch Hippocrates und Galen [80]). In Teutschland ist zwar dieser Termin der Majorennität nicht überall angenommen; denn es giebt Län-

77) *L. 3. §. 3. D. de minoribus XXV. ann.*

78) *L. 8. D. de munerib. L. 1. D. de manumiss.* **Kochs** Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren und Civilcomputation. §. 7. S. 20.

79) *L. 56. D. de usufructu.* SENECA de brevitate vitae cap. 3. et CENSORINUS de die natali cap. 17.

80) S. MOLLER cit. Dissertat. Cap. V. §. 2. Hieraus erklärt sich, wenn **Ulpian** *L. 1. §. 2. D. de minorib.* sagt: post hoc tempus (XXV. annor.) virilem vigorem compleri; und wenn in den Gesetzen von denen, die die Großjährigkeit erreicht haben, gesagt wird, sie wären ad suam aetatem, ad statum suum gekommen. *L. 2. D. de negot. gest. L. 77. §. 14. D. de legat. 2.* Eben deswegen wird auch die Majorennität in unsern Gesetzen *aetas perfecta, plena, robusta,* genannt. S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *aetas.*

Länder, wo die Großjährigkeit schon vor dem 25. Jahre, zuweilen nach zurückgelegtem 24sten Jahre, wie z. B. in den Preußischen Staaten, zuweilen auch noch früher, z. B. im 21sten Jahre, wie in Sachsen, eintritt; inzwischen bleibt doch der römische Termin immer die Regel, wo es an besondern teutschen Vorschriften mangelt.

Zuweilen ergänzt auch der Landesherr den Mangel der Volljährigkeit durch ein Privilegium, welches man *veniam aetatis*, die Jahrgebung, oder Großjährigkeitsverleihung, nennt [81]). Wer diese erhalten will, muß sich durch Reife des Verstandes und gute Aufführung so ausgezeichnet haben, daß er des Raths und Beystandes seines Vormundes nicht weiter bedarf. Er muß daher a) Zeugnisse vom Vormund, oder Verwandten, oder der Obrigkeit beybringen, daß er sich gut aufgeführt habe, und ein ordentlicher Haushalter sey. b) Er muß eine hinreichende Ursache anführen, warum er vor der Zeit majorenn seyn will, z. E. es ist ihm die Anstellung einer eigenen Haushaltung vortheilhaft. Endlich c) wird auch nach dem Röm Rechte [82]) ein gewisses Alter erfordert; nämlich eine

81) *Nic.* MYLER *ab* EHRENBACH Etologia. Tub 1664 4. *de* CRAMER D de iure principis concedendi veniam aetatis (*in Opusc. Tom. II. p.* 572.) *Io. Car.* KOENIG Differentiae iuris Rom. et Germ. in concedenda venia aetatis. *Marburg.* 1753. In Ansehung der Reichsunmittelbaren steht das Recht, veniam aetatis zu ertheilen, dem Kaiser als ein Reservatrecht zu, welches er theils durch den Reichshofrath, theils durch die Hofpfalzgrafen ausübt. S. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 3 Band §. 298.

82) *L. 2. Cod de his, qui veniam aetatis.* S. *Andr. van* DAM Diss. ad Legem secundam Cod. de his, qui veniam aetatis impetrarunt. *Lugduni Batavor.* 1785. 4.

eine Mannsperson muß das zwanzigste, eine Frauensperson aber wenigstens das 18te Jahr zurückgelegt haben, und dieses durch hinlängliche Beweise darthun können. Es pflegen sich jedoch unsere heutigen Landesherren an diese Bestimmung der Jahre eben nicht genau zu binden[83]). Die Wirkung dieses Privilegiums besteht darin, daß derjenige, welcher solches erhalten hat, zwar von der Curatel frey wird, und nun in sofern die Rechte der Volljährigkeit genießt, daß er bey der Verwaltung seiner Geschäfte an den Rath und die Einwilligung seines Vormundes nicht mehr gebunden ist. Allein die freye Disposition über sein unbewegliches Vermögen bekommt der Impetrant anders nicht, als wenn ihm solche zugleich und ausdrücklich verliehen worden ist. Dies nennt man die **vollkommene** oder **ausserordentliche Jahrgebung**. Ohne dieselbe ist die Einwilligung der Obrigkeit erforderlich, wenn ein solcher Minderjähriger, der durch ein landesherrliches Privilegium für majorenn erklärt worden ist, unbewegliche Güter verkaufen oder verpfänden, und überhaupt solche Geschäffte vornehmen will, die ein Minderjähriger, auch selbst mit Zuziehung seines Curators, nicht gültig unternehmen kann[84]). Auch bleibt ihm der Character der Minderjährigkeit, wenn von Uebernehmung einer Vormundschaft[85]), oder eines andern öffentlichen Amts, wozu die gesetzliche Volljährig-

83) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 246.

84) *L. 3. Cod. de his, qui ven. aet.* HOFACKER c. l. Danz a. a. O. §. 298. S. 51. f.

85) S. WILDVOGEL Diss. de tutore minore, qui veniam aetatis impetravit. *Ienae* 1674. Struben rechtliche Bedenken III. Th. Bed. 32.

keit erfordert wird, die Rede ist [86]). Gleichwie denn auch die venia aetatis demjenigen nichts hilft, dem etwas unter der Bedingung der Großjährigkeit in einem letzten Willen ist vermacht oder geschenket worden. Daher ist ein solcher Mensch, der veniam aetatis erhalten hat, in verschiedener Rücksicht majorenn und minorenn zugleich [87]).

Die Volljährigen werden nun wieder in junge und alte Personen [88]) eingetheilt. Wenn aber das Alter (Senectus) seinen Anfang nehme, haben unsere Gesetze nirgends allgemein bestimmt; es war auch in der That nicht möglich, einen allgemeinen Termin für das eintretende Alter festzusetzen, weil die Erfahrung lehrt, daß sich dasselbe bey dem einen früher, bey dem andern später, äussert. Es kommt also hierbey alles auf das Ermessen des Richters an [89]), welcher bey seinem Urtheil über das Alter eines Men-

86) MYLER cit. libro cap. VI. et VII.

87) *Ern. Io. Frid.* Mantzel Diss. de eo, qui est maior- et minorennis simul. *Rostochii* 1747. 4.

88) *Ge. Ad.* STRUV de iuribus ac privilegiis senectutis. *Ienae* 1664. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de senectute non honorata, praes. *Andr. Flor.* RIVINO *Vitembergae* habita 1759. *Christ. Henr.* BREUNING Diss. quatenus senectus liberet a contumacia, si citatus non compareat. *Lipsiae* 1772. und *Io. Gottl.* WINCKELMANN Comment. de iuribus senum singularibus, praes. *Christ. Gottl.* HOMMEL, *Vitebergae* 1790. def. Ueberhaupt kann hier auch noch bemerkt werden W. G. Ploucquet vom menschlichen Alter, und den davon abhängenden Rechten. Tübingen 1779. 8.

89) ZACCHIAS Quaestion. Medico-Legal. Lib. I. Tit. I. Qu. 9. CARPZOV Pract. rer. crim. P. III. Qu. 144. n. 13. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 29.

Menschen vorzüglich auf die Leibes- und Gemüthskräfte desselben zu sehen hat [90]); wofern nicht etwa die gemeinen oder besondern Rechte in diesem oder jenem Falle besonders bestimmt haben, wenn ein Mensch für alt gehalten werden solle. So z. B. nehmen die römischen Gesetze an, daß man nach zurückgelegtem sechzigsten Jahre zum Zeugungsgeschäfft nicht mehr aufgelegt sey, und erlauben daher, in einem solchen Alter zu adoptiren [91]). Sie sprechen ferner denjenigen, welcher siebenzig Jahre alt ist, von der Uebernahme der Vormundschaften frey [92]) u. s. w. In Sachsen wird ein Mensch für alt gehalten, wenn er das sechzigste Jahr überschritten hat [93]). In peinlichen Fällen hat auch das hohe Alter großen Einfluß auf den Grad der Zurechnung und die Bestimmung der Strafe [94]).

§. 131.

Unterschied zwischen Personen, die *sui iuris*, aber noch minderjährig sind, in Absicht auf die Vormundschaft.

Personen, welche von der väterlichen Gewalt frey, aber noch unmündig sind, werden Pupillen oder Mün-

90) Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts 3. Th. S. 56 u. folgg.

91) *L. 15. §. 2. D. de adoption.*

92) §. 13. *Inst. de excusat. tutor. L. 2. §. 1. D. eodem. L. 3. D. de iure immunitat. L. un. Cod. qui aetate se excusant.*

93) Sächsisch Landrecht B. I. Art. 42.

94) *L. 3. §. 7. D. de SCto Silan. Can. 24. Dist. 86. Can. 28. Caus. II. Qu. 7. L. 2. D. de termino mot.* Kleinschrods syst. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 89. u. 90.

del[95]) genennt. Solche junge Leute, wenn sie auch über die Jahre der Kindheit hinaus sind, haben doch noch nicht diejenige Ueberlegung und Einsicht, um sich selbst und ihrem Vermögen vorzustehen. Sie können in rechtlichen Geschäfften auch noch keinen vollkommenen und verbindlichen Consens für sich erklären. Es ist vielmehr ein Mangel in ihrer Person vorhanden, der durch die Auctorität eines Beystandes ergänzt werden muß. Pupillen müssen also einen Vormund bekommen, der die Aufsicht über ihre Person und Güter führt. Dies erheischt selbst das Wohl des Staats, damit solche junge und noch unverständige Leute nicht um ihr Vermögen kommen. Diejenigen, welche **mündig** (puberes) sind, werden zwar nach den Röm. Gesetzen, wenn sie auch die Volljährigkeit noch nicht erreicht haben, für solche Personen angesehen, die sich auch ohne Beystand verbindlich machen können[96]), (*personae integrae*). Da sie aber doch aus Mangel an Erfahrung und genugsamer Fähigkeit zu ihrer eigenen Leitung gar leicht in Schaden gerathen können, so haben die Gesetze auch zu ihrem Besten eine **Curatel** (*cura minorum*) eingeführt, welche sich jedoch von der **Tutel** der Unmündigen darin wesentlich unterscheidet, daß sie mehr auf das Vermögen, als

95) *L. 239. pr. D. de Verb. Significat.* PUPILLUS est, qui, cum impubes est, desiit in patris potestate esse aut morte, aut emancipatione.

96) *L. 101. D. de Verb. Oblig. L. 3. Cod. de in int. restitut. minor. Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptarum iuris civ. lectionum lib. I. cap. 21. sagt daher ganz richtig: *Pubes est integra persona, quae integrum consensum declarare potest, quod ad obligandum minorem sufficit. Curatoris consensus id efficit, ut difficilior fiat restitutio.*

als auf die Person geht [97]). Dieser Unterschied ist auch durch das heutige Recht nicht aufgehoben [98]). Hiervon wird zu seiner Zeit mit mehrern gehandelt werden.

§. 132.

Verschiedener Zustand der *hominum alieni iuris* nach dem römischen Rechte.

Diejenigen Personen hingegen, welche der Gewalt eines patrisfamilias unterworfen sind, (*homines alieni iuris*), waren bey den Römern von zweyerley Art; entweder solche, welche der väterlichen Gewalt unterworfen waren, oder solche, die unter der herrschaftlichen Gewalt des patrisfam. standen. Jene sind die **Kinder vom Hause** (*filii filiaeque familias*), diese hingegen **Sklaven und Sklavinnen.** Unter beyden war ein merklicher Unterschied.

1) **In Absicht auf den Staat.** Denn Sklaven wurden für keine Personen angesehen, und hatten überall keine bürgerlichen Rechte im Staate [99]). Sie konnten daher keine Ehrenstellen bekleiden, noch munera publica verwalten. Ja sie konnten nicht einmahl civiliter aus ihren Geschäfften und Contracten obligirt werden (§. 141. folg.). Allein filii familias waren in Rücksicht auf den

 Staat

97) *L. 20. D. de ritu nuptiar.*

98) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 696. *Io. Christ.* BRANDENBURG Commentat. iurid. exponens differentias iuris Rom. inter pupillos et minores, tutores ac curatores; nec non principia de applicatione earum hodierna. *Hannoverae* 1793. 8.

99) *L. 20. §. 7. D. Qui testam. fac. poss.* Conf. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. T. I. pag. 253.

Staat freye Menschen und Bürger. Sie hattest alle Rechte und Pflichten römischer Bürger. Sie konnten daher öffentliche Aemter im Staate bekleiden; Vormundschaften verwalten [100]), und in solchen Sachen, die ihr Amt betrafen, wurden sie als patresfamilias betrachtet, und waren der väterlichen Gewalt nicht unterworfen. Daher sagt **Pomponius** [1]): Filiusfamilias in publicis caufis *loco patrisfamilias* habetur, veluti fi magiftratum gerat, vel tutor detur. In öffentlichen Amtssachen konnte vielmehr der Sohn selbst dem Vater befehlen, und ihn zu seiner Schuldigkeit anhalten, wie **Ulpian** sagt [2]): Si quis filiusfamilias fit, et magiftratum gerat: patrem fuum, in cuius eft poteftate, cogere poterit, fufpectam dicentem hereditatem adire, et reftitucre; und **Hermogenian** [3]) setzt den Grund hinzu: Nam quod ad ius publicum attinet, non fequitur (fc. filiusfam.) ius poteftatis.

2) Auch in **Privatsachen**, welche *extra familiam* vorgiengen, wurde ein filiusfamilias wie ein paterfamilias angesehen. Ein filiusfamilias kann daher nach dem Römischen Rechte, wenn er nur mündig ist, alle Arten von Contracten, ausser dem Gelddarlehn, gültig schließen, und auch daraus selbst während der väterlichen Gewalt gerichtlich belangt

100) L. 9. D. h. t. *Princ. Inft. qui teftam. tutores dari poff. L. 6. in fin. D. quod cuiusq. univ. L. 2. D. de munerib.*

1) *L. 9. D. h. t.*

2) *L. 13. §. ult. D. ad SCtum Trebellian.* **Westphal** von Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Th. §. 1787.

3) *L. 14. D. eodem.* Was hier *ius publicum* heißt, ist an einem andern Orte dieses **Commentars** 1. Th. §. 13. S. 91. f. erklärt worden.

langt werden[4]). Er kann so... für seinen Vater selbst Bürge werden[5]). Nur

3) im Verhältniß gegen den *patremfamilias*, in dessen Gewalt sich die Kinder befanden, hatten sie, wenigstens nach dem alten Röm. Rechte, mit dem Sklaven fast einerley Zustand. Denn Kinder, die der Vater noch in seiner Gewalt hatte, wurden in allen Fällen innerhalb der Familie nicht als Personen angesehen, sondern befanden sich, wie die Sklaven, gewissermassen in dem Eigenthume des Vaters[6]). Daher konnte der Paterfamilias durch seine Kinder, wie durch seine Sklaven, acquiriren[7]);

4) *L. 39. D. de obligat. et act.* Filiusfamilias ex omnibus caussis tanquam paterfam. obligatur, et ob id agi cum eo, tanquam cum patrefamilias, potest. *§. 6. I. de inutil. stipulat.* Servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii: *filii vero familiarum aliis obligari possunt.* *L. 141. §. 2. D. de Verb. obligat.* Pubes, qui in potestate est, perinde ac si paterfamilias, obligari solet. Add. *L. 3. §. 4. D. de minorib. L. 5. pr. D. Quod cum eo, qui in alien. pot. est.*

5) *L. 10. §. 2. D. de fideiussor.* Filiusfam. pro patre poterit fideiubere: nec erit sine effectu haec fideiussio. Primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id, quod facere potest: deinde, quod et dum in potestate manet, condemnari potest.

6) CAIUS *lib. I. Inst. Tit. 6. §. 3. L. 1. §. 2. D. de Rei Vindicat. L. 14. §. 13. D. de furt.* SERVIUS ad Lib. XII. Aeneid. Filiifam. servi loco sunt parenti. Man vergleiche *Em.* MERILLII Observation. Lib. I. cap. 40. Weber Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 88. S. 399. *Ios.* FINESTRES Hermogenian. Tom. I. pag. 533. und Desselben Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de acquir. vel omitt. hereditate P. II. cap. V. §. 24—28.

7) *Pr. et §. 1. I. per quas personas cuique acquir.*

zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter seiner Gewalt standen, konnte keine bürgerliche vollgültige Verbindlichkeit Statt finden [8]); sie konnten keine Verträge unter einander schliessen [9]); auch keinen gerichtlichen Proceß mit einander führen [10]). Diese Folgen sind zum Theil auch noch im neuern Röm. Rechte geblieben, so sehr auch übrigens das ehemalige Eigenthumsrecht des Vaters über seine Kinder ist beschränkt worden. Denn sie konnten immer noch aus dem Grunde gelten, weil Vater und Kinder, solange sie in des erstern Gewalt sind, auch noch nach dem neuern Röm. Rechte nur für eine Person angesehen werden [11]). Darin war aber doch

4) der Zustand der Kinder von jeher immer vortheilhafter, als der Zustand der Sklaven, daß sie die Familienrechte

8) Es ist eine bloße natürliche Verbindlichkeit, welche nach römischen Rechten zwischen dem Vater und seinen Kindern eintreten kann. Hierher gehört vorzüglich die bekannte Stelle aus den Schriften des Afrikanus in *L.* 38. *D. de condict. indeb.* welche so viele Ausleger von Zeit zu Zeit beschäftiget hat. Die einzelnen Schriften findet man im LIPENIUS und Schotts Supplement unter *condictio indebiti.* Jedoch vermiße ich *Christoph. David.* GERLACH Diss. unter dem Titel: celeberrima atque intricata *Lex frater a fratre* 38. *princ. D. de condict. indebiti* noviter ac dilucide explicata. *Tubingae* 1738. 4. Vorzüglich empfehle ich aber *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. IX.

9) *§. 6. I. de inutil. stipulat. L.* 50. *D. ad SCtum Trebell.*

10) *L.* 4. *D. de iudic. L.* 7. *D. de Obl. et Act.*

11) MERILLIUS lib. III. Observat. cap. 4. *Iust. Lud. Theod.* BRUNSICH Commentat. de unitate personae, quae iure Rom. inter patremfam. et liberos in potestate constitutos intercedit. *Goett.* 1795. 4.

rechte hatten, und an dem Familieneigenthum Antheil nahmen. Daher wurden die Kinder ſchon bey Lebzeiten des Vaters gewiſſermaßen als Herren des väterlichen Vermögens angeſehen, und waren ſui heredes vom Vater, das iſt, ſie beerbten ihn ipſo iure, ohne daß eine Erklärung und Erbſchaftsantretung hierzu nöthig war[12]. Es iſt daher unrichtig, wenn unſer Verfaſſer ſagt, daß, im Verhältniß gegen den patremfamilias, der Zuſtand der Kinder und Sklaven ehemals völlig gleich geweſen ſey.

§. 133.

Römiſche väterliche Gewalt a) nach dem ältern römiſchen Rechte.

Da filii und filiaefamilias unter der väterlichen Gewalt ſtehen, ſo iſt nun dieſe wichtige Lehre jetzt näher zu erörtern[13]). Zuerſt müſſen wir die wahre Beſchaffenheit der väterlichen Gewalt nach dem Röm. Rechte kennen lernen.

Die väterliche Gewalt, ſo wie ſie in dem Römiſchen Rechte beſtimmt iſt, war ein ganz eigenes und vor-

12) §. 2. *I. de hered. qualit. et diff. L.* 11. *D. de liber. et poſtum.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. IX. vorzüglich aber *Ioſ.* FINESTRES in Praelectionib. Cervar. ſ. Commentar. academ. ad Tit. Pandectar. de liberis et poſthumis Part. I. Cap. II. §. 7 — 11.

13) Die vorzüglichſten Schriften ſind *Phil.* PASCHALIS de viribus patriae poteſtatis. *Uratislaviae* 1672. fol. *Pet.* AERODIUS de iure patrio (adiect. EIUSDEM *Pandect. rer. iudicat.*) *Abrah. a* KERCKRAAD de iure patrio *Ultraj.* 1708. 8. THOMASII Diſſ. de uſu practico Tit. Inſtitut. de patria poteſtate, und Joh. Ernſt von Globig Preißſchrift über die Gründe und Gränzen der väterlichen Gewalt. Dresden und Leipzig 1789. 8.

vorzügliches Recht der Römischen Bürger, dessen sich, wie Justinian [14]) sagt, niemand rühmen konnte, der kein freyer Römer war [15]). Sie war auch nur das ausschließliche Recht des patrisfamilias. Die Mutter hatte daran keinen Antheil, weder solange die väterliche Gewalt dauerte, noch nachher [16]). Denn da der Paterfamilias als das Haupt der Familie angesehen wurde, dessen Herrschaft alle zur Familie gehörige Personen unterworfen waren, so schien es unschicklich zu seyn, der Mutter einen Antheil an der väterlichen Gewalt zu verstatten, da sie selbst durch die Ehe ehemals in eine so strenge Gewalt des Mannes kam, daß sie in Verhältniß gegen denselben nur wie eine Filia Familias betrachtet wurde [17]). Diese väterliche Gewalt war nun Anfangs nach der Verfügung des Romulus beynahe von gränzenlosem Umfange. Der Vater hatte nicht nur die häusliche Gerichtsbarkeit über seine Kinder, und konnte sogar ein Recht über Leben und Tod derselben ausüben,

14) Ius poteſtatis, quod in liberos habemus, sagt Justinian §. 2. *I. de patr. pot.* proprium eſt civium Romanorum: nulli enim alii ſunt homines, qui talem in liberos habeant poteſtatem, qualem nos habemus. Ueber den eigentlichen Sinn dieser Worte vergleiche man den *Ianus a* COSTA in Comment. ad h. §. 2. und SPANHEM. Orb. Rom. Exerc. II. c. 23.

15) Plinius gedenkt daher Lib. X. Ep. 6. des Rechts der väterlichen Gewalt namentlich, als er für einen gewissen Chrysippus beym K. Trajan um die Ertheilung des Bürgerrechts bat.

16) ULPIAN. Fragm. Tit. VIII. §. 8. *L.* 5. *C. de adopt.*

17) S. oben die Not. 56. zum §. 117. Seite 126. Ueber eine Ehefrau, welche in manu mariti war, konnte der Mann sogar Lebensstrafe verhängen. LIVIUS Lib. XXXIX. cap. 18.

üben[18]), weshalb mit Recht die väterliche Gewalt eine maiestas patria von den Alten[19]) genannt wird; sondern es stand auch dem Vater ein völliges Eigenthumsrecht über die Person und das Vermögen seiner Kinder zu[20]). Denn er

18) *Abrah.* WIELINGII Dissertat. de iure antiquo vitae ac necis parentum in liberos. *Amstelod.* 1723. 4. *Cornel. van* BYNCKERSHOEK Opusc. de iure occidendi, vendendi, et exponendi liberos apud vet. Romanos, in EIUS *Opusculis varii argumenti* Lugd. Batavor. 1719. 4. N. III. pag. 145—231.

19) VALERIUS MAXIMUS *Lib. VII. c. 7. ex* 5. LIVIUS *lib. IV. cap.* 45.

20) Ich weiß zwar wohl, daß dieses unter den neuern Rechtsgelehrten controvers ist. Gebauer in Dissert. I. de patria potestate cap. 2. läugnet, daß die väterliche Gewalt nach dem römischen Rechte ein Eigenthum gewesen sey, und diese Meinung vertheitigen auch *Frid. Christ* IENSEN in Differt. de patria Romanor. potestate pro Gebauero. *Suerin, Bnzov. et Wismar.* 1784. 8. *Christ. Aug.* GÜNTHER in Diss. de patria vet. Romanor. potestate ex iure dominii non repetenda. *Lipsiae* 1786. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts 3. Th. S. 81. u. folgg. Hingegen stimmen mit mir überein *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad §. 9. I. de obligat. quae ex delicto. BYNCKERSHOECK in Opusc. cit. cap. I. *Ios.* FINESTRES in Praelect. Cervariens. ad Tit. D. de acquir. vel omitt. hered. P. II. cap. V §. 24 et 28. und *Car. Guil.* ROBERT de *Bynckershoeckii* eique contraria *Gebaueri* doctrina de patria potestate Rom. antiqua modestum iudicium *Wetzlar* 1782. 4. obgleich Derselbe in den kleinen jurist. Abhandlungen n. II. von seiner Meinung wieder abgegangen ist. Diese Meinung gründet sich sowohl auf das deutliche Zeugniß des DIONYS. HALICARNAS. lib. VIII. *Antiquit. Rom.* n. 403. p. 546. in fin. (edit. *Sylburg.*) Apud Romanos filiis nihil propria est vivis patribus: sed et pecunias et corpora liberorum

er konnte die Kinder verkaufen, ja den Sohn d r e y m a l verkaufen, weil er das erste und zweytemal wieder in die väterliche Gewalt zurückfiel, wenn ihn der Käufer freyließ [21]). Ferner dem Vater gehörte alles, was die Kinder während der väterlichen Gewalt erwarben [22]). Sie hatten so wenig, als die Sclaven, ein Eigenthum [23]). Der Vater konnte das Kind, wenn es durch unerlaubte Handlungen

rorum patribus ad eorum arbitrium tradit lex *Romuli*, und des LACTANTII *divinar. Institut.* lib. IV. cap. 3. als auch darauf, daß U l p i a n in *L.* 195 §. 2. *D. de Verb. Signif.* dem Paterfamilias überhaupt ein dominium zuschreibt; daß ferner die Kinder in den Gesetzen der XII. Tafeln *res* genennt werden, ULPIAN. *Fragm. Tit XI* §. 14. S. GOTHOFRED. ad Tab. V. c. 1. *in IV. Fontib. iuris civ. p.* 78. daß ein Dritter an ihrer Person einen Diebstahl begehen konnte; §. 9. *I. de obligat. quae ex delict.* L. 14. §. 13. *D. de furt.* und daß ihre Entlassung aus der väterlichen Gewalt ritu mancipationis interveniente geschehen mußte. Nun war ja *mancipatio* nach der Erklärung U l p i a n s *Fragm. tit.* 19. §. 3. alienatio rerum mancipi. Daher sagt SEXTUS EMPIRICUS *Pyrrhon. hypoth.* III. 24. Legum Romanarum auctores *liberos* in manu parentum, *ad instar servorum*, esse voluerunt: neque suorum bonorum ipsos esse dominos, sed parentes, donec manumittantur eo modo, *quo mancipia solent.* Ueberdem aber waren ja auch die Wirkungen des Eigenthums unverkennbar vorhanden, wie schon der §. selbst lehrt.

21) DIONYS. HALICARN. *lib. II. n.* 73. *p.* 97.

22) §. 1. *I. per quas person. cuique acquir.*

23) SENECA *de benefic.* VII. 4. Omnia patris sunt, quae in liberorum manu sunt; und ULPIAN. *Fragm.* Tit. XX. §. 10 Filiusfam. testamentum facere non potest, *quia nihil* SUUM *habet*, ut testari de eo possit.

gen Schaden anrichtete, *noxae dare*[24]), d. i. solches zum Schadens-Ersatz dem Beleidigten an Zahlungsstatt übergeben; ferner wenn ein anderer das Kind heimlich zu sich genommen hatte, und es dem Vater vorenthielt, so konnte der Vater dasselbe ex iure Quiritium vindiciren[25]), oder das Interdictum de liberis exhibendis[26]) anstellen, welches nach der Meinung des Paulus[27]) gleichfalls ein Eigenthum voraussetzt (*proprietatis causam continet*), ja er konnte sogar actione furti klagen[28]). Durch die Gesetze der zwölf Tafeln und Auctorität der römischen Rechtsgelehrten

24) *§. 7. I. de noxalib. actionib.*

25) *L. 1. §. 2. D. de Rei Vindicat.* Ueber den wahren Sinn dieser von vielen mißverstandenen Stelle sehe man nach NOODT Commentar. ad Dig. tit. de rei vindicat. *Tom. II. Operum pag.* 192. und *Fr. Car.* CONRADI Comm. de iure Quiritium a civitate Rom. non diverso. §. 12.

26) Vid. Tit. D. *de liberis exhibendis.* (Lib. XLIII. Tit. 30.)

27) *L. 2. §. 2. D. de interdict.*

28) *L. 14 §. 13. D. de furtis. Em.* MERILLIUS in Commentar. ad §. 9. I. de obligat. quae ex delicto. Die Mutter konnte die actionem furti nicht anstellen. *L. 38. pr. D. eodem,* weil ihr keine patria potestas zustand. VINNIUS in Comm. ad §. 9. I. de obligat. quae ex delicto. Merkwürdig ist jedoch, was Pomponius *L. 38. §. 1. D. de furt.* sagt: Liberarum personarum nomine licet furti actio sit, *condictio tamen nusquam est.* VINNIUS c. l. giebt hiervon den Grund an, weil die condictio furtiva nur einem wahren Eigenthümer zusteht. Allein wenn man gleich allerdings zugeben kann, daß zu damahliger Zeit die V. G. nicht mehr für ein völliges Eigenthumsrecht des Vaters gehalten worden ist, so läßt sich doch noch ein anderer Grund hiervon angeben, wie schon HEINECCIUS in Annotat. ad *Vinnium* c. l. erinnert hat.

ten wurden dieser våterlichen Gewalt sogar Wirkungen beygelegt, die sich noch nach des Vaters Tode åussern. Dahin gehôrt das Recht des Vaters, seinen unmůndigen Kindern einen Vormund im Testament zu bestellen, und denselben pupillariter zu substituiren, d. i. ihnen einen Erben auf den Fall zu setzen, wenn sie in der Unmůndigkeit sterben wůrden [29]). Eben diese Gewalt hatte aber auch der Vater ůber die Kinder seiner Sôhne. Denn die Ehe derselben hob die våterliche Gewalt nicht auf. Daher konnte sich die våterliche Gewalt ůber Enkel und Urenkel erstrecken [30]).

§. 134.

Begriff und ursprůngliche Beschaffenheit des Peculiums der Kinder.

Ob nun gleich die Kinder, so lange sie in der våterlichen Gewalt waren, nach dem åltern rômischen Rechte nichts Eigenes erwerben und besitzen konnten [31]); so gab doch zuweilen ein Vater seinem Sohne ein Stůck Geld in die Hån-

29) Man vergleiche hier vorzůglich *Ge. Sam.* MADIHN Diatribe iuris civ. vicissitudines substitutionis impuberum complexa. *Halae* 1769. §. VIII—X.

30) *L. 4. et 5. D. h. t. L. 195. §. 2. D. de Verb. Signific.*

31) *Anton* FABER Coniecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 11. pag. 183. sqq. will zwar behaupten, der Sohn sey nach dem åltern rômischen Rechte alsdann allerdings fåhig gewesen, etwas Eigenes zu acquiriren, wenn der Vater den Erwerb des Sohns nicht haben wollte. Ihm stimmt auch *Hieron. de* OROZ de apicibus iuris civ. Lib. I. cap. 5. bey. Allein die Beweise fůr diese Meinung sind nicht ůberzeugend, wie *Ios.* FINESTRES in Praelection. Cervariens. ad Tit. Pandect. de acquir. vel omitt. heredit. P. II. Cap. V. §. 26. sqq. gezeigt hat.

Hände, oder er schaffte ihm Waaren an, um damit zu handeln[32]. Ein solches Vermögen, welches eine Person, die unter der Gewalt eines Hausvaters stand, von dem Vermögen desselben abgesondert, und auf Rechnung desselben besaß und verwaltete, hieß *Peculium*[33]. Ulpian[34]) nennt es *pusilla pecunia*, sive *patrimonium pusillum*, jedoch mehr um die ursprüngliche Beschaffenheit und Unbeträchtlichkeit desselben, als den Ursprung des Worts dadurch anzuzeigen. Denn

32) *Christ.* RAU historia iuris civ. de peculiis. Lipsiae 1770. §. III. folgg.

33) In einer andern Bedeutung wird dieses Wort in der *L.* 79. *§.* 1. *D. de legat.* 3. genommen, wenn es daselbst heißt: PECULIUM appellatur, *quod praesidii causa seponitur.* Hier ist PECULIUM eben das, was man im Teutschen einen Nothpfennig nennt, wie es auch AVERANIUS Interpretat. iuris lib. II. c. 28. n. 15. u. folg. erklärt. In dieser Bedeutung kann auch ein Paterfamilias ein peculium haben, wovon *Christoph. Lud.* CRELLII Observationes de peculio personarum sui iuris *Vitemberg.* 1751. 4. zu bemerken sind. Ausser diesem Falle aber läßt sich ein eigentliches Peculium nur bey solchen Personen gedenken, die in der Gewalt eines Patrisfamilias stehen, dergleichen Kinder, Sklaven und ehemals auch Eheweiber waren, die sich in manu mariti befanden. S. RAU cit. Diss. §. 4. 5. 6. Daher sagt Ulpian *L.* 182. *D. de Verb. Signif.* Paterfamilias peculium non potest habere. Es wird jedoch auch das Vermögen, welches sich eine Ehefrau von ihrem Heyrathsgute zur eigenen Disposition vorbehalten hat, *peculium* genennt. *L.* 9. §. 3. *D. de iure dot.* *L.* 31. *§.* 1. *D. de donat.* S. *Ios. Fern. de* RETES Opuscular. L. V. cap. 1. (in *Thes. Meermann.* T. VI. pag. 241.)

34) *L.* 5. §. 3. *D. de peculio.*

Denn das Wort selbst kommt wohl eher von *pecus* her[35]; weil der Reichthum der Alten hauptsächlich in Vieh bestand. Der Sohn hatte jedoch nur die Verwaltung des ihm von dem Vater überlassenen Peculiums, und konnte zwar mit andern darüber Verträge schließen[36], welche auch für den Vater verbindlich waren[37], keinesweges aber solches verschenken[38] Denn Eigenthum und Gewinn gehörten dem Vater. Dieser konnte es daher auch dem Sohne nach seinem Gefallen wieder nehmen, und solches einem Andern zuwenden[39]. Starb der Sohn, so fiel das peculium an den Vater zurück, (iure pristino apud patrem remanebat), denn von einer Erbschaft konnte hier keine Rede seyn. Es war hier ganz eben so, als wenn ein Sklave ein peculium gehabt hatte.

§. 135.

35) ISIDORUS Origin. L. V. c. 25. *Peculium* a pecudibus dictum est, in quibus constabat universa veterum substantia. FESTUS sagt: peculium servorum a pecore dictum est, ut pecunia patrum familiae. S. MENAGIUS Amoen. Iuris cap. 39. und RETES c. l. pag. 240.

36) Vid. Tit. Instit. *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.*

37) Der Prätor gab aus dem Contract des Sohns eine Klage gegen den Vater, welche *actio de peculio* hieß; von dieser wird unten ad *Tit. de peculio* lib. XV. Tit 1. gehandelt werden.

38) *L. 7. pr. D de donat.* Ein anders war, wenn es der Vater ihm erlaubte, vid. §. 2. *dictae L. 7.*

39) *§. 1. I. per quas personas cuique acquiritur. L. 4. pr. D. de peculio.*

§. 135.

Einschränkungen der väterlichen Gewalt nach dem neuern römischen Rechte, sowohl in Absicht auf das Recht über Leben und Tod der Kinder, als in Ansehung des Eigenthumsrechts des Vaters über die Person derselben.

Fragt man nun nach den Ursachen, warum man dem Vater in jener Kindheit des römischen Staats so unbeschränkte Rechte über die Person und Güter der Kinder, ja sogar das Recht über Leben und Tod derselben gestattete; so wird sich daraus ergeben, warum diese gränzenlose väterliche Gewalt von keiner langen Dauer habe seyn können. Denn da eines Theils die Verfassung des Gerichtswesens und die vollstreckende Gewalt noch schwankend und unbestimmt war, und andern Theils die Policey mit ihren gelinden Vorkehrungen die Gelegenheit zu sittlichen Ausschweifungen bey einem so rohen Volke so wenig verhüten als vermindern konnte; so war keine andere Stütze der allgemeinen Sicherheit übrig; und man hatte mit Recht das Vertrauen, daß die dem Vater in seinem Hause nachgelassene Herrschaft zur Aufrechterhaltung des noch schwankenden Staatsgebäudes das meiste beytragen würde, zumal die natürliche Liebe vernünftiger Väter gegen ihre Kinder den Gesetzgebern Bürge war, daß die Eltern keinen Mißbrauch mit diesem ihnen überlassenen Rechte machen würden. Allein, auch ohne jene Rücksicht, war es bey dem neu errichteten römischen Staate natürlich, daß die Häupter der Familien, deren jedes einen Antheil an der gesetzgebenden Gewalt hatte, sich die unbeschränkte Herrschaft in ihren Häusern vorbehielten, die sie in dem Stande ihrer Unabhängigkeit auszuüben gewohnt waren. Auch war es

um der Auswärtigen willen nothwendig, die Rechte des römischen Bürgers so glänzend, als möglich, zu machen, um Fremde anzureizen, sich dieses Bürgerrechts theilhaftig zu machen, und durch dieses Mittel die Bevölkerung des damals noch kleinen Staats zu befördern [40]). So wie nun aber Gesetze mit den Zeitumständen sich ändern, so wurde auch in der Folge mit der veränderten Staatsverfassung Roms, und der allmählig fortschreitenden Cultur der Moralphilosophie die Strenge der väterlichen Gewalt gemildert, indem der Vater manche Rechte derselben verlor, manche hingegen sehr eingeschränkt wurden [41]). Denn so wurde

I) dem Vater das Recht über Leben und Tod seiner Kinder gänzlich genommen. Die eigentliche Zeitperiode, in welcher dieses geschehen, ist ungewiß. Gerhard Noodt [42]) glaubt, es sey zu den Zeiten der Kaiser Valentinian, Valens und Gratian geschehen [43]). Cornelius van Bynkershöck [44]) hingegen meint, daß schon

40) SENECA *de Benefic.* Lib. III. cap. 11. NOODT Comment. ad Dig. h. t. pag 23. sqq.

41) Von den Ursachen dieser Einschränkungen und Veränderungen der väterlichen Gewalt handeln *Corn. van* BYNCKERSHOEK Opusc. de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud vet. Rom. cap. IV. *Ev.* OTTO in Papiniano. Cap. VII. §. 1. pag. 126. sqq *Corn. Wilh. de* RHOER Dissertation. de effectu religionis christianae in iurisprud. Rom. Fascic. I. (*Groeningae* 1776. 8.) Diss. IV. §. 21.

42) in Iulio Paulo Tom. I. *Operum* pag. 565.

43) *L. 8. C. ad L. Cornel. de Sicar.*

44) in Opusc. cit. cap. 4. pag. 164.

schon seit Trajans, Hadrians und Antoninus Pius Zeiten dem Vater jenes Recht genommen worden sey. Allein da Hadrian nur den Mißbrauch desselben bestraft hat [45]) so muß das Recht selbst zu seinen Zeiten wohl noch nicht abgeschaft gewesen seyn; und wenn dem Vater durch verschiedene Senatusconsulte unter Hadrian die Verbindlichkeit, seine Kinder zu ernähren, eingeschärft worden ist [46]), so läßt sich daraus nur so viel schließen, daß der Vater nicht habe tyrannisch über das Leben der Kinder gebieten dürfen. Soviel ist indessen richtig, daß zu den Zeiten des K. Alexander Severus dem Vater dieses Recht nicht mehr gestattet worden ist. Denn Paulus [47]) gedenkt desselben nur als eines ehemaligen Rechts, und K. Alexander Severus [48]) giebt blos dem Vater ein Recht, die Kinder zu züchtigen. Wenn aber väterliche Züchtigungen an dem ungerathenen Sohne nichts mehr fruchten wollen, sondern zur Bezähmung desselben schärfere Ahndungen nöthig seyn; so soll selbiger der Obrigkeit übergeben, und dieser die Bestimmung einer angemessenen Strafe überlassen werden. Jedoch ist auch hierbey dem Vater ein gewisses Beystimmungs- oder Einwilligungsrecht vorbehalten worden, vermöge dessen er durch Intercession

 entwe-

45) *L. 5. D. de Lege Pompeia de parricidio.*

46) *L. 5. pr. et §. 1. D. de agnosc. et alend. lib.*

47) *L. 11. in fin. D. de liberis et posthum.*

48) *L 3. Cod. de pat. potest.* Si filius tuus in potestate tua est, res acquisitas tibi alienare non potuit. Quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, *castigare iure patriae potestatis non prohiberis:* acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, *eumque Praesidi provinciae oblaturus,* dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris.

entweder Milderung oder Schärfung der zuerkannten Strafe bewirken kann[49].

II) Wurde auch das Eigenthumsrecht des Vaters über seine Kinder durch das neuere Röm. Recht sehr eingeschränkt. Denn so wurde

1) dem Vater nicht mehr erlaubt, seine Kinder zu veräussern. Der dreymalige Verkauf der Söhne ward durch die Rechtsgelehrten zum blosen Symbol, und als Förmlichkeit bey Emancipation derselben beybehalten. Nach einer gewissen Verordnung der Kayser Diocletian und Maximian[50]) war dem Vater alle wirkliche Veräusserung seiner Kinder durchaus verboten. Allein man sieht es aus den Fragmenten älterer Rechtsgelehrten, daß dieses schon längst vor ihnen müsse Rechtens gewesen seyn[51]). Nur im Falle der äussersten Armuth erlaubte in der Folge Kr. Constantin dem Vater, neugebohrne Kinder (liberos sanguinolentos) zu verkaufen[52]). Justinian hob

49) Dies ist unstreitig der Sinn der Worte der angeführten L. 3 eumque Praesidi provinciae oblaturus, *dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris.* GEBAUER Diff. II. de patria potestate §. VII. p. 128. sqq.

50) *L. 1. C. de patrib. qui fil. distrax.* Add. *L. 1. et 37. C. de liber. causa.*

51) *L. 39 §. 3. D. de evict. L. ult. D. quae res pignori.* BYNCKERSHOEK Opusc. cit. cap. 6.

52) *L. 2. Cod. de patribus, qui filios suos distrax. Io. Phil.* DATHII diatr. de venditione liberorum occasione dictae L. 2. Cod. *Ulmae* 1700. 8. (in *Thes. Meermann. T. II.*) *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad Tit. Cod. Theodos. de his, qui sanguinolentos emtos acceperint. (Tom. I. pag. 491. *edit. Ritter.*) BYNCKERSHOEK cit. Opusc. cap. 8. pag. 203. sqq.

hob endlich auch die Förmlichkeit des Scheinkaufs bey der Emancipation der Kinder auf [53]). Nicht weniger wurde

2) das Recht, die Kinder, wenn sie durch unerlaubte Handlungen Schaden angerichtet hatten, dem Beschädigten zu seiner Privatgenugthuung zu überlassen, (*noxae datio filiorum filiarumque familias*) aufgehoben [54]). Welcher Vater könnte auch dieses zugeben, sagt Justinian, da er bey der Ueberlassung des Sohnes jederzeit mehr, als der Sohn, verliert; bey den Töchtern aber die Vorsorge für ihre Keuschheit dergleichen nicht verstattet.

§. 136.

Einschränkung der väterlichen Gewalt durch Einführung der mancherley Arten von Peculien.

Besonders aber ist auch

3) das Erwerbungsrecht des Vaters durch Einführung der mancherley Arten von Peculien [55]) unter den römischen Kaisern sehr eingeschränkt worden. Was der filiusfamilias erwarb, gehörte nun nicht mehr, so wie das peculium eines Sklaven, ohne Ausnahme dem Vater; sondern der Sohn konnte nun selbst ein wahres Eigenthum erwerben, und zwar nach dem Unterschied der Fälle ein so freyes Eigenthum, daß ihm deshalb alle Rechte eines patrisfamilias zustanden. *Peculium*, Sondergut der

53) *L. 6. Cod. de emancipat. liberor.*

54) §. 7. *I. de noxalib. action.*

55) *Chr.* RAU historia iuris civ. de peculiis §. 6. sqq. *Io. Tob.* CARRACH Differentiae iuris rom. et germ. in peculio in primis filiorum familias. *Halae* 1745. LAUTERBACH Diss. de peculiis filiorum fam.

der Kinder, heißt nun alles, was ein filius oder eine filia familias entweder eigenthümlich erwirbt, oder doch auf eine solche Art besitzt, daß es von dem Vermögen des Vaters abgesondert ist. Man theilt selbiges in Absicht auf die Art, wie es erworben wird, in *militare* und *paganum* ein.

Peculium militare nennt man dasjenige Vermögen, welches ein filiusfamilias per militiam sagatam oder togatam, oder bey Gelegenheit derselben erwirbt. *Militia sagata* heißt der Soldatenstand oder Kriegsdienst. Unter der *militia togata* hingegen versteht man eine Charge oder öffentliche Würde. Daher ist nun das militärische Peculium zweyfach a) *castrense*, welches der Sohn im Soldatenstande oder bey Gelegenheit des Kriegsdienstes erworben hat; b) *quasi castrense*, was ein filiusfamilias durch eine öffentliche Bedienung oder Würde, die er im Staate bekleidet, oder in Rücksicht und bey Gelegenheit derselben, erworben hat.

Zum peculium castrense rechnet man 1) was einem in Kriegsdienste tretenden filius fam von seinem Vater, oder von der Mutter, oder von andern Verwandten oder Freunden zur Equipage geschenkt worden ist [56]; 2) was der Sohn als Soldat im Kriege erbeutet, oder von seinem Solde erspart hat [57], oder was ihm von seinem Obern wegen seines Wohlverhaltens geschenkt worden ist; 3) wenn ihm von einem Kriegskammeraden eine Erbschaft

56) L. 4. pr. et L. 11. D. de peculio castr. L. 1. Cod. de castrensi peculio militum et praefectianor.

57) L. 11. D. L. 1. Cod. cit.

schaft oder ein Vermächtniß hinterlassen worden [58]). Ist ihm von andern eine Erbschaft oder Legat zugefallen, so wird dieses kein peculium castrense [59]), wenn auch gleich der Testirer ausdrücklich verordnet hätte, daß das Vermächtniß für ein peculium castrense angesehen werden solle [60]). Endlich gehört auch noch 4) dasjenige hierher, was der Sohn mit dem Gelde, welches zu seinem peculio castrensi gehört, erkauft hat [61]). Denn das peculium der Kinder wird juristisch als ein Ganzes (*universitas iuris*) angesehen, wobey die Regel gilt: *res in in locum pretii succedit* [62]).

Zum peculium quasi castrense hingegen gehört, 1) was der Vater oder ein Anderer einem filiusfamilias in Rücksicht einer gewissen Würde geschenkt oder vermacht hat [63]). 2) Was ein Sohn als Advocat, oder Doctor,

 oder

58) *L. 5. D. de castr. pec.*

59) *L. 16. §. 1. D. eod. L. 1. C. eodem.*

60) *L. 8. D. eodem.*

61) *L. 3. D. L. 1. in fin. Cod. eod.*

62) *L. 20. §. 10. D. de hereditat. petit.* Man sehe übrigens RETES de peculio castrensi (beym MEERMANN *Thes. iur. civ. et canon.* T. VI.) und *Gregor.* MAJANSII Diss. de peculio castrensi; (in EIUS *Disputationib. iur. civ.* Tom. I. Disp. XIV. pag. 256. sqq.)

63) Mehrere Rechtsgelehrten rechnen auch hierher, was ein filiusfam. von seinem Vater zum Studiren erhält, z. B. die Bücher, die ihm der Vater dazu angeschaft hat; arg *L. 1. C. de castr. pec.* und *L. 4. C. fam. hercisc.* S. *Io. God.* BAUER Diss. de peculio quasi castrensi studiosorum. *Lipsiae* 1726. (in *Opuscul.* Tom. I. p. 54. sqq.) Allein andere läugnen dieses, als *Io. Tob.* RICHTER in Diss. de sumtibus studiorum ad

pecu-

oder als practischer Arzt durch seine Kenntnisse und Wissenschaften erwirbt, oder als Schriftsteller verdient. 3) Was er an Besoldung und Accidenzien durch seine öffentliche Civilbedienung, z. B. als Secretarius, als Stall- oder Fechtmeister, u. s. w. oder durch seine geistliche Würde, oder nur bey Gelegenheit derselben, erwirbt. 4) Was dem Sohne in Rücksicht seiner gelehrten Kenntnisse und Wissenschaften geschenkt wird; u. dgl. [64]). Ehe ich weiter gehe, bemerke ich nur noch, daß sich der eigentliche Ursprung des peculii castrensis und quasi castrensis mit vollkommener Gewißheit nicht bestimmen lasse. Den Ursprung des peculii castrensis wollen einige vom Julius Cäsar, andere vom Kr. August herleiten, andere setzen ihn sogar in die Zeiten der freyen Republik [65]). Das peculium quasi castrense hingegen betreffend, so halten verschiedene den K. Theodosius den Jüngern für den Urheber desselben [66]). Andere behaupten, daß zuerst Kr. Constantin der Große den Hofbedienten, ein solches peculium zu haben, erlaubt habe [67]). Allein daß es weit älter

peculium quasi castrense non pertinentibus. *Lipsiae* 1752. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XV. Tit. 1. Qu. 1. *Arn.* VINNIUS in Tr. de collationibus Cap X. §. 11. und Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 428. Not. 2.

64) *L. 14. C. de advocat. div. iudic. L. fin. Cod. de inoff. testam.*

65) RAU Histor. iur. civ. de peculiis §. VII.

66) SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exerc. 44.

67) *Bav.* VOORDA Diss. de peculio quasi castrensi, veteribus Iurisconsultis incognito, eiusque vera origine. *Lugduni Bat.* 1780.

älter seyn müsse, erhellet daraus, weil schon Ulpian in verschiedenen Stellen der Pandecten [68]) desselben Erwähnung thut [69]).

Das *peculium paganum*, welches nicht per militiam, noch in Rücksicht derselben, erworben wird, ist wieder von zweyerley Art, entweder *profectitium* oder *adventitium*. Unter dem erstern verstehet man alles dasjenige, was die Kinder entweder vom Vater selbst, oder zwar von andern, aber um des Vaters willen, bekommen haben [70]). Dahin gehört, wenn der Vater seinem Sohne einen Handel etablirt, und dieser in der väterlichen Gewalt verbleibt. Ferner wenn der Vater für das Kind in die Lotterie setzt, so gehört der Gewinn, wenn selbigen der Vater dem Kinde läßt, zum peculio profectitio [71]). Auch wenn ein Dritter, welchem der Vater unentgeldlich gedient hat, dem

68) *L.* 3. §. 5. *D. de bonor. possess.* *L.* 1. §. 15. *D. de collat. bonor.* *L.* 7. §. *ult. D. de donat.* *L.* 32. § 17. *D. de donat. inter vir. et uxor.* *L.* 1 §. 6. *D. ad SCtum Trebell.* Franz Balduin in Iustiniano lib. III. p. 298. und Van Voorda cit. Diss. cap. 3. wollen zwar diese Stellen für interpolirt halten, allein daß Tribonian daran keinen Theil habe, ist schon von *Iac.* GOTHOFREDUS *ad L.* 3. *C. Th. de postul.* *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Anteiust. p. 470. Not. 27. und *Ios.* FINESTRES in Praelect. Cervariens. s. Commentar. academ. ad tit. Pandectar. de acquir. vel omitt. hereditate P. II. cap. V. §. 42. p. 330. hinlänglich erwiesen worden.

69) *de* RETES Opusculor. L. V. cap. 10. p. 272. GALVANUS de Ususfructu Cap. V. nr. 9. pag 52. und RAU cit. Diss. § VIII.

70) *Io.* WIEGER Diss. de peculio profectitio. *Argentor.* 1754.

71) *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. Part. II. Decis. 50. n. 32. pag. 91.

dem Kinde in dieser Rücksicht ein Geschenk macht, so wird dieses Geschenk zum peculio profectitio gerechnet [72]. Diese Art des Peculiums ist unstreitig die älteste, wenn man auch kein älteres Beyspiel davon findet, als das, welches beym Plautus [73]) vorkommt. Ob es übrigens ein peculium profectitium gebe, woran der Mutter das Eigenthum zusteht? ist streitig. In der unten angeführten Schrift [74]) wird dieses behauptet. Allein ich kann mich davon nicht überzeugen. Das peculium profectitium ist ja unstreitig eine Wirkung der römischen väterlichen Gewalt. An dieser aber hat die Mutter weder nach römischen [75]) noch teutschen Rechten Antheil [76]). *Peculium adventitium* heißt hingegen ein solches Vermögen, welches die Kinder weder vom Vater selbst, noch in Rücksicht desselben, sondern auf eine andere erlaubte Art, erworben haben [77]). Dahin gehören mütterliche Geschenke, mütterliche Erbschaft, oder was den Kindern von mütterlichen Großeltern zufällt, ferner die Erwerbung der Kinder durch Hand-

72) FRANZKIUS Resolut. lib. II. cap. 27.

73) *In Mercatore Act. I. Sc. I. v.* 59. Conf. GALVANUS de Usufructu cap. VII. n. 7. RAU Diss. cit. §. VI.

74) Abhandl. über die Frage: ob es ein *peculium profectitium* gebe, wovon der Mutter das Eigenthum zustehet? im Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrs. I. Th. N. VI. S. 190.

75) §. 3. *I. de pat. pot.* §. 10. *I. de adopt.*

76) *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de usu hod. patriae potestatis rom. in foris Germ. *Lipsiae* 1732. Cap. III. §. 90.

77) *Scip.* GENTILIS Tract. de bonis maternis *Hanov.* 1616. 8. *Casp. Christ.* KOBER Diss. de peculio adventitio regulari s. ordinario. *Altorf.* 1705.

Handwerksdienste, Glücksereignisse, und dergl. [78]). Den Ursprung desselben leitet man von Constantin dem Großen her [79]). Allein Galvan [80]) hat gezeigt, daß man schon frühere Spuren zu Hadrians und Antoninus Pius Zeiten finde. Constantin wollte nur, daß das mütterliche Vermögen der Kinder Eigenthum verbleiben, und der Vater nur den Nießbrauch davon haben sollte [81]). Justinian [82]) bestimmte durch eine allgemeine Constitution noch genauer, was dazu gerechnet werden sollte, wie schon oben gezeigt worden ist.

In Ansehung der Rechte dieser mancherley Gattungen von Peculien bemerken wir hier in der Kürze nur soviel [83]):

a) daß das *peculium profectitium* die Natur des alten Peculiums behalten habe. Es ist also, so lange die Kinder in der väterlichen Gewalt sind, ganz der Disposition des Vaters unterworfen. Diesem steht das Eigenthum und der Gewinn davon zu. Die Kinder aber haben nichts als

78) *L. 1. 2. Cod. de bonis matern. L. 4. et 6. Cod. de bon. quae lib.*

79) *Iac.* GOTHOFREDUS Commentar. ad Tit. Cod. Theod. de bonis maternis.

80) De Ususructu. cap. VII. n. X. pag. 53. Man sehe auch RAU cit. Diss. §. 9.

81) *L. 1. 2. Cod. Theod. de bon. matern.*

82) *L. 6. C. de bon. quae lib.*

83) Man vergleiche hier *Gall. Aloys. Casp.* KLEINSCHROD Diss. de iure filiifamilias disponendi de peculiis, ad normam iuris peregrini et patrii considerato, praes. *Ios. Mar.* SCHNEIDT def. *Wirceburgi* 1784.

als den körperlichen Besitz und die Administration desselben, und diese ist nach der Willkühr des Vaters stets widerruflich [84]). Wenn jedoch der Fiskus das Vermögen des Vaters wegen einer fiskalischen Schuld in Beschlag nimmt; so verbleibt das peculium profectitium vermöge einer Verordnung des K. Claudius [85]) dem Kinde, und der Fiskus kann daran keinen Anspruch machen. Anders ist es, wenn der Vater eines begangenen Verbrechens wegen capitis deminutionem erlitten, und sein Vermögen confiscirt worden ist [86]). Wenn ferner der Vater den Sohn emancipirt, ohne dieses Peculium zurückzufordern, so wird angenommen, der Vater habe es ihm stillschweigend geschenkt [87]). Diese Grundsätze des Röm. Rechts finden auch noch heutiges Tages Statt [88]).

b) Das *peculium militare* hingegen ist ein freyes Eigenthum des filiifamilias, und ihm stehen in Ansehung desselben alle Rechte eines patrisfamilias zu. Er kann darüber frey, sowohl unter den Lebendigen, als auf den Todes-

84) §. 1. *I. per quas person. cuiq. acq. Princip. I. quib. non est permiss. fac. testam. L. 7. D. de donat. L. 4. pr. D. de pecul.*

85) *L. 3. §. 4. in fin. D. de minorib.*

86) *L. 1. §. 4. D. Quando de peculio actio annal. est.* RETES Opuscul. Lib. I. cap 8. in fin. (in *Thes. Meermann.* T. VI. pag. 47.) und VOET Comment. ad Dig. Lib. XV. Tit. I. §. 3. Man sehe jedoch *Nov. CXXXIV. cap. ult.*

87) *L. 31. §. 2. D. de donat.*

88) S. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band Nr. 54.

Todesfall disponiren [89]). Der Sohn kann wegen dieses Peculiums sogar mit seinem Vater selbst contrahiren [90]). Er kann ferner auch darüber ein Testament machen [91]), und hat dabey das besondere Recht, daß gegen dieses Testament keine querela inofficiosi, auch keine bonorum possessio contra tabulas Statt findet, wenn auch gleich die nächsten Blutsfreunde darin wären ausgeschlossen worden [92]). Nur in Ansehung derjenigen Söhne, welche Geistliche sind, hat Justinian ein anders verordnet; diese sollen ihren Kindern, und wenn solche nicht vorhanden sind, ihren Eltern wenigstens den Pflichttheil lassen [93]). Stirbt der Sohn ohne Testament, so kann sich der Vater das peculium castrense nach dem neuern röm. Rechte nicht mehr, wie ehedem [94]), iure peculii und vermöge der väterlichen Gewalt anmassen, sondern es fällt an die Intestaterben [95]). Endlich

c) so-

89) *L.* 2. *D. ad SCtum Macedon.* *L.* 10. *D. de castr. pecul.* *L.* 15. §. 1. *eodem.* *L.* 4. *D de iudic.* *L.* 3. *Cod. de castr. pec.* S *de* RETES Opusculor. Lib. V. cap. 3. MAIANSIUS Disputat. cit. §. 17. sqq. T. I. Diss. XIV. LYNCKER Diss. de iuribus peculii militaris.

90) *L.* 2 *pr. D. de contrah. emt. vendit.* *L.* 42. §. *ult. D. de acquir. vel omitt. heredit.*

91) *Princ. Instit. quib. non est permiss. fac. testam.*

92) *L. ult. Cod. de inoff. testam.* *L.* 29. §. *ult. et* *L.* 30. *D. de testam. milit.*

93) *Nov. CXXIII. cap.* 19.

94) *L.* 2. *L.* 19. §. 3. *D.* *L.* 5. *Cod. de castr. pecul.* Siehe oben S. 207. f. und Not. 18.

95) *Princ. Instit. quib. non est permiss. facere testam.* *Nov.* 118. *cap.* 2. *in fin.* S. VINNIUS in Commentar. ad dict. Princ. Insti-

c) soviel das *peculium adventitium* anlangt, so gehört den Kindern zwar die Proprietät, der Vater aber hat, so lang die Kinder in desselben Gewalt sind, der Regel nach die Verwaltung, und den Nießbrauch [96]). Ein mehreres hiervon wird in dem Titel *de peculio* vorkommen. Hier will ich nur noch bemerken, daß es Fälle giebt, wo die Kinder auch in Ansehung ihrer Adventizien ein freyes Eigenthum, obgleich nur unter den Lebendigen, ausüben können [97]). Dahin gehört z. B. wenn dem Kinde etwas mit einer den Nießbrauch des Vaters ausschließenden Bedingung ist vermacht oder geschenkt worden; desgleichen wenn der Sohn gegen den Willen des Vaters eine ihm zugefallene Erbschaft antritt, und so mehr, wie unser Herr Verf. unten §. 910. anführen wird. In diesen Fällen, wo der Vater keinen Nießbrauch von dem peculio adventitio seiner Kinder hat, nennt man dasselbe *extraordinarium, irregulare,* auch *plenum* [98]). Diese verschiedene Rechte der Pecu-

Institut. quib. n. est perm. fac. test. n. 4. und besonders *Guil.* RANCHINUS in Tr. de Successión. ab intestato Cap. XI. §. 3. (edit. *Breuning. Lipsiae* 1781. 8.)

96) *Aem. Lud.* HOMBERGK zu Vach Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate ad L. 8. §. 3. Cod. de bon. quae lib. *Marburgi* 1753. 4. *Car. Adolph.* BRAUN Diss. de ususfructus parentum in bonis liberorum tam de iure Rom. quam Germ. genuino fundamento. *Ienae* 1743. 4. *F. E. a* PUFFENDORF de usufructu paterno in bonis liberorum adventitiis Tom. I. *Observat. iuris univ.* Obs. 98.

97) *Nov. CXVII. cap.* 1. §. 1.

98) LAUTERBACH Diss. de peculio adventitio irregulari. *Frid.* HEUSINGER Commentat. de iure peculii adventitii extraordinarii. *Isenaci* 1751. 8.

Peculien finden auch noch heutiges Tages Statt[99]). Die übrigen Rechte der väterlichen Gewalt sind unverändert geblieben.

§. 137. und 138.

Heutige Beschaffenheit der väterlichen oder elterlichen Gewalt.

Wir haben nun die römische väterliche Gewalt nach ihren mancherley Veränderungen und Einschränkungen kennen gelernt. Es ist also nur noch übrig, von der Beschaffenheit der heutigen väterlichen Gewalt[100]) zu handeln. Unsere heutige väterliche Gewalt hat durch Vermischung der römischen und teutschen Rechte ihr Daseyn erhalten. Sie unterscheidet sich zuvörderst von der römischen darin, daß sie kein ausschließliches Recht des Vaters ist. Denn die heutigen Rechte und Sitten lassen auch die Mutter, ob zwar nicht gleichen, aber doch gewiß keinen gerin-

99) S. *Traug.* THOMASII Progr. de usu peculii practico *Lipsiae* 1770. zu der oben angeführten Rauischen Differt. de histor. peculiorum. *de* SELCHOW Elem. iur. Germ. privati §. 493. und Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 616.

100) *Christ.* THOMASII Tract. de usu iuris paterni Romanor. secundum mores Germaniae. *Ienae* 1744. 4. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss de usu hodierno patriae potestatis Romanae in foris Germaniae. *Lipsiae* 1732. 4. *Günth. Alb.* RENZ Diss. de mixtura iuris rom. et germ. in materia patriae potestatis. *Tubingae* 1735. 4. *Io. Godofr.* KRAUSII Progr. de effectibus patriae potestatis hodiernis. *Vitembergae* 1733. 4. Westphal teutsches Privatrecht 2. Theil 49. Abhandl. S. 95. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. pag. 435. sqq.

geringen Antheil, daran nehmen [1]). Die heutige elterliche Gewalt ist daher ein Inbegriff derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche den Eltern über ihre Kinder zustehen, und sich hauptsächlich auf den Zweck der Erziehung beziehen. Bey Zergliederung derselben kommt es auf drey Fragen an. I) Welche elterliche Rechte sind gemeinschaftlich? II) Welche stehen dem Vater ausschließlich zu? III) Was nimmt sonst der Gerichtsgebrauch aus dem neuern Rechte in Ansehung dieser Lehre an, und was ist davon in Teutschland nicht mehr zu gebrauchen?

Soviel die erste Frage betrifft, so setzen wir als Grundsatz des heutigen Rechts fest, daß diejenigen Rechte der elterlichen Gewalt, die sich über die Person der Kinder erstrecken, beyden Eltern gemeinschaftlich zustehen. Dies ist teutschen Rechts. Denn wenn gleich nach dem neuern römischen Rechte [2]) der Mutter einige Gewalt über ihre Kinder beygelegt wird, so war doch diese in der That nur Schattenwerk [3]). Daher die neuern römischen Gesetze noch überall den Satz einschärfen, daß eheliche Kinder in des Vaters Gewalt seyen, und der Mutter keine väterliche Ge-

1) *Nic. Christph.* LYNCKER Disp. de matris potestate in liberos. *Ienae* 1688. 4. *Io. Iac.* ROTFHAHN Diss. de materna potestate in liberos ex Germanor. legibus et more. *Goettingae* 1772. 4.

2) *L.* 4. *D. de curat. furios.* Furiosae matris curatio ad filium pertinet, pietas enim parentibus, *etsi inaequalis est eorum potestas*, aeque debebitur. adde §. *fin. I. de Nupt.*

3) PÜTTMANN Probabil. iuris civ. lib. sing. Cap. 10.

Gewalt über ihre Kinder zustehe[4]). Die nach heutigen Rechten beyden Eltern über die Person ihrer Kinder zustehenden Rechte und Pflichten beziehen sich nun überhaupt auf alles, was die Sorge für die Glückseligkeit der Kinder erheischt. Beyden Eltern liegt daher

1 die Pflicht ob, ihre Kinder zu guten Menschen zu erziehen, und sie zum bürgerlichen Leben zu bilden. Beyde Eltern haben daher auch das Recht, die Handlungen der Kinder zu leiten, in soweit es der Zweck der Erziehung erfordert, und die dazu dienlichen Verfügungen zu machen. In Ansehung des jedem der Eltern zustehenden Antheils an der Erziehung ihrer Kinder scheint übrigens selbst die Natur folgende Grenzlinie zu bezeichnen, daß die Erziehung der Töchter, in soweit solche die besonderen weiblichen Geschäfte in sich faßt, vorzüglich der Mutter gebührt; und wenn darüber zwischen Vater und Mutter Streit entstehet, so ist die Präsumtion für die Mutter, so lange der Vater nicht darthun kann, daß es ihr an Kräften oder an Willen fehle, ihrer Obliegenheit ein Genüge zu leisten[5]). Dahingegen kann die Mutter bey den übrigen Angelegenheiten der Töchter sowohl, als bey der Erziehung der Söhne, insonderheit wenn es auf den wichtigsten Schritt von beyden, wodurch sie das väterliche Haus verlassen, ankommt, nur als Rathgeberin auftreten: dem Vater hingegen gebührt die Entscheidung; und die Obrigkeit darf den Widerspruch der Mutter in einem solchen Falle nicht achten, so lange das

4) §. 3. *I. de patr. potest.* §. 10. *I. de adopt.* *L.* 5. *Cod eodem.*

5) S. von Globig Preißschrift über die Gränzen der väterlichen Gewalt S. 99.

Kind selbst sich dem Willen des Vaters unterwirft [6]. Sollte aber das Kind auf Seiten der Mutter seyn; so hat der Widerspruch von beyden allerdings so viel Gewicht, daß der Richter zwischen selbigen und dem Vater entscheiden muß [7]. Da auch der Religionsunterricht der Kinder ein sehr wichtiges Stück ihrer Erziehung ist, so entsteht die Frage, in welcher Religion die Kinder zu unterrichten, wenn die Eltern verschiedener Religion sind [8]? Diese wichtige Frage ist auf dem Friedens-Executions-Congreß zu Nürnberg im Jahr 1650. [9]) mit beyder der katholischen und evangelischen Stände Einstimmung dahin entschieden worden, daß die Kinder beyderley Geschlechts in der Religion des Vaters erzogen werden sollen, bis sie die Unterscheidungsjahre [10]) (*annos discretionis*) erreicht haben.

6) LEYSER meditat. ad Pandect. Spec. XVIII. med. 3.

7) von Globig Preißschrift S. 100. *L. 19. et 21. D. de ritu nuptiar.*

8) *Franc. Ant.* DÜRR Diss. de potestate patria circa religionem liberorum. *Moguntiae* 1755. (in *Ant.* SCHMIDT *Thesauro iuris Eccles. potissimum Germ.* Tom. VI. Diss. XVIII. pag. 674. sqq.) Struben rechtl. Bedenken I. Theil Bed. 144.

9) S. von Meiern Acta pacis executionis publ. Tom. II. Lib. XII. §. 12. S. 681. und *L.* XIII. §. 3. und 21. S. 804. Mosers R. Hofraths Conclusa P. VII. S. 1037. und Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs-Processes 1. Th. §. 1083. S. 412.

10) Worinn diese Unterscheidungs-Jahre (anni discretionis) bestehen, nach deren Erreichung die Gesetze es den Kindern freystellen, die väterliche Religion, in der sie erzogen worden sind, zu ändern, und zu einer andern gesetzlich gebilligten Religion überzugehen, ist so wenig im Religions-

haben. Jedoch kann durch Eheverträge etwas anders fest- gesetzt werden [11]); so wie es denn auch in manchen Ländern, z. B. in Hessen, der Pfalz u. s. w. [12]), besondere Verordnungen giebt, vermöge deren die Söhne in der Glaubenslehre des Vaters, die Töchter aber in der Religion der

gions. als Westphälischen Frieden bestimmt worden. Auch bey den Nürnbergischen Friedens-Executions-Tractaten konnte man sich darüber nicht vergleichen. S. Meiern Acta Pacis Execut. P. II. p. 804. 812. 813. 815. 825 u. 871. Nun will man zwar behaupten, als ob durch ein Conclusum Corporis Evangelicorum unter den Evangelischen das vierzehnte Jahr für den Unterscheidungszeitpunct sey festgesetzt worden. Allein die wahre Meinung des Corporis Ev. geht eigentlich dahin, daß es hauptsächlich auf die Einsicht und die Verstandeskräfte der Kinder ankomme, und daß es höchstens möglich sey, bey einem vierzehenjährigen Kinde solche Verstandskräfte, und eine solche Wissenschaft anzutreffen, um von den Gründen einer Religion urtheilen zu können. S. Strubens rechtl. Bedenken I. Th. S. 336. 337. Daher ist eine Prüfung solcher Kinder jederzeit erforderlich, wie auch *Iust. Henn.* BOEHMER Tom. I. Resp. 1. 2. 3. und in Iur. Eccles. Protest. T. III. p. 276 sehr gründlich ausgeführt hat. Man vergleiche übrigens hierbey noch von Steck Abhandl. von den zur Religions-Aenderung erforderlichen Unterscheidungsjahren; in Desselben Abhandlungen aus dem teutschen Staats- und Lehn-Recht. Halle 1757. n. I.

11) *Frid. Ulr.* PESTEL Diss. num pacta dotalia, quibus cautum, ut masculi patris, feminae matris religione imbuantur, sint servanda? *Rintelii* 1752. 4.

12) Moser von der Landeshoheit im Geistlichen IV. B. V. Cap. §. 38. S. 485. u. f.

Mutter erzogen werden sollen [13]). Zur Erziehung der Kinder gehört auch ferner die Bestimmung der künftigen Lebensart derselben [14]). Können sich die Eltern hierüber gütlich nicht vereinigen, so kommt es vorzüglich auf den Vater an, zu bestimmen, welche Handthierung oder Kunst der Sohn erlernen solle. Denn diesem trauet man in einem solchen Falle eine reifere Beurtheilungskraft zu, als der Mutter. So lange nun Kinder in dem Zustande der Unmündigkeit sich befinden, müssen sie den Unterricht, welchen die Eltern ihnen geben, das Gewerbe, wozu sie bestimmt werden, ohne Widerrede annehmen, und dürfen sich bey der Obrigkeit deßhalb nicht beschweren, weil man ihnen die gehörige Beurtheilungskraft noch nicht zutrauen kann. Allein haben sie die Mündigkeit erreicht, so darf ihr Widerspruch bey der Wahl ihres künftigen Gewerbes nicht ganz aus der Acht gelassen werden, weil darauf das Glück des künftigen Bürgers, und dessen Mitwirkung zum allgemeinen Besten beruhet. Es muß wenigstens in einem solchen Falle über die Rechtmäßigkeit der Weigerung von dem Richter geurtheilt werden [15]).

2) Bey-

13) Christ. Jac. von Zwierlein Abhandl. ob ein Landesherr befugt sey, eine Verordnung zu geben, nach welcher die aus vermischten Ehen erzeugten Kinder so getheilt werden, daß die Söhne dem Glauben des Vaters, die Töchter der Mutter folgen? in Desselben Nebenstunden I. Th. IX. Abhandl. S. 171. folgg.

14) PUFFENDORF Iur. Nat. et Gent. Lib. VI. cap. 2. §. 13. *Iac. Frid.* LUDOVICI de iure et iurisprud. domestica cap. III. §. 4. WINBOM D. quatenus liberi parentibus circa vitae genus eligendum obedire debeant. *Upſ.* 1734 und *Io. Car. Gottl.* HEISE Diss de patria poteſtate circa vitae generis electionem filiorum, praes. D *Ern. Gottfr. Chriſt.* KLÜGEL def. *Vitemb.* 1785.

15) von Globig Preisschrift S. 112. 113.

2) Beyde Eltern können gleiche Ehrerbietung von den Kindern verlangen[16]). Kinder werden daher so wenig gegen den Vater, als gegen die Mutter mit solchen Klagen und Rechtsmitteln gehört, welche der schuldigen Ehrerbietung zuwider laufen, wohin z. B. das Gesuch der Wiederherstellung in den vorigen Stand, insonderheit die Klage des Betrugs, ferner der Eyd für Gefährde (iuramentum calumniae) und dergleichen zu rechnen sind[17]).

3) Beyden Eltern stehet das Recht zu, die Kinder zu züchtigen, wenn sie die Pflichten der Ehrerbietung ausser Augen setzen, und den Befehlen der Eltern keine Folge leisten[18]). Nur dürfen freylich die Grenzen einer vernünftigen Züchtigung nicht überschritten werden. Ungebührliche Mißhandlungen kann die Obrigkeit ahnden[19]). Im Zweifel wird jedoch vermuthet, daß die Eltern aus Uebereilung und Versehen gefehlet haben. Daher darf auch die Obrigkeit wegen angeblicher Mißbräuche dieser Art in der Regel nicht von Amtswegen inquiriren, und die Eltern zur Rechenschaft fordern: sie muß erwarten, bis das gemißhandelte Kind, oder dessen Verwandte klagen; und so lange dies nicht geschiehet, sind die Eltern allemal durch die gegründete Präsumtion geschützt, daß sie aus gerechten Ursachen gestraft haben. Auch die Klage des Kindes ist nicht anders

 anzu-

16) HOMMEL cit. Diss. de usu hod. pat. pot. Cap. III. §. 64—68.

17) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 554.

18) HOMMEL cit. Diss. §. 69. ROTHHAHN Diss. cit. de mat. potestate in lib. §. 46.

19) Einen merkwürdigen Rechtsfall hat Klein in den Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten, 3. Band Nr. I.

anzuhören, als wenn sie sofort durch sichtbare Merkmale der erlittenen Mißhandlung, oder durch Zeugnisse darge- than wird [20]). Auf keinen Fall kann jedoch den Eltern er- laubt werden, solche Zwangsmittel zu gebrauchen, die, als öffentliche Züchtigung, nur vermöge einer ordentlichen Ge- richtsbarkeit erkannt werden können. Denn die Teutschen haben nie dem Vater eine häusliche Gerichtsbarkeit über seine Kinder eingeräumt [21]). Wenn es demnach auf schär- fere Ahndungen ankömmt, so ist die Hülfe der Obrigkeit zu suchen. Diese muß zwar das Urtheil der Eltern aner- kennen, wenn es gelinder ist, als die sonst in den Gesetzen bestimmte Strafe. Härtere Urtheile aber sind nach den Gesetzen zu ermäßigen [22]). Es ist daher eine ganz irrige Meinung einiger Rechtslehrer [23]), denen auch unser Verfasser beypflichtet, daß die Eltern befugt wären, die Einsperrung ihres Kindes in ein Zuchthaus, ohne vorherige richterliche Untersuchung und Erkenntniß, zu verlangen, welche von neueren Rechtsgelehrten mit Recht verworfen wird [24]).

4) Kin-

20) von Globig Preißschrift S. 93. u. f.

21) *de* SELCHOW Elem. iuris germ. privati §. 489. und Runde Grundsäze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 615.

22) *L. 3. C. de patria potestate.* Hofacker will zwar in Princip. iur. civ. Tom. I. §. 564. den heutigen Gebrauch die- ses Gesetzes bezweifeln. Allein mit mehreren Recht vertheidi- gen denselben BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 3. C. cit. nr. 8. und LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. XVII. medit. 5. Cor. 2.

23) LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. XVII. m. 3.

24) *de* SELCHOW Elem. iuris german. privati §. 491. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Obs. 89. von Globig Preißschrift S. 94. Schott Einleitung in das Eherecht §. 189. not.

4) Kinder können ohne der Eltern Einwilligung keine ihre Person betreffende verbindliche Handlungen unternehmen, welche auf das Glück der ganzen Familie einen Einfluß haben [25]). Daher können Kinder, die noch unter der elterlichen Gewalt stehen, ohne Wissen und wider den Willen der Eltern keine gültige Eheverbindung schliessen [26]). Ob nun gleich im Falle einer verschiedenen Gesinnung der Eltern des Vaters Einwilligung oder Nichteinwilligung dem Willen der Mutter vorgehet, so ist doch nach teutschen Rechten und Sitten der Mutter Einwilligung alsdann unstreitig

R 5 für

not. *** S. 427. und Quistorp Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts I. Th. §. 78. Not. t. S. 103.

25) Schott Eherecht §. 189. und Herr von Globig Preißschrift S. 113.

26) *de* SELCHOW Elem. iuris germ. privati §. 416. et 491. ROTHHAHN cit. Dissert. §. 25 — 34. *Tob. Iac* REINHARTH Diss. de arbitrio patris et iure matris in nuptias filiarum. *Erf.* 1732. *Em. Io. Fr.* MANZEL Diss. de aequali utriusque parentis iure qua consensum in sponsalia liberorum. *Rostochii* 1760. Nach dem Tridentinischen Concilium und dem auf gleichen Gründen beruhenden Reichsabschiede vom J. 1548. Tit. 21. §. 9. soll zwar eine bereits vollzogene Ehe wegen Mangels der elterlichen Einwilligung nicht wieder aufgehoben werden. Allein diese Verordnungen können wenigstens bey uns Protestanten von keiner Verbindlichkeit seyn, da sie auf einem Grundsatze beruhen, den wir nicht annehmen. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 376. et 377. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 112. S. 130. Anderer Meinung sind jedoch Runde in den Grunds. des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 564. und Weber in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 74. Not. 9. S. 329. f.

für nothwendig zu halten, wenn der Vater gestorben, oder verhindert ist, seine Einwilligung zu ertheilen [27]).

5) Beyden Eltern stehet das Recht zu, von den Kindern alle diejenigen häußlichen Dienste zu verlangen, welche die Eltern selbst verrichten [28]). Schon der Zweck der Erziehung berechtiget die Eltern hierzu, damit die Kinder vom Müssiggange abgehalten, und zum Fleiß gewöhnt werden. Es findet auch hier jene Theilung der elterlichen Gewalt Statt, deren ich schon oben gedacht habe, daß bey den Diensten des Sohns vorzüglich der Wille des Vaters, bey den Diensten der Tochter aber der Wille der Mutter zur Richtschnur dienen muß. Ob das Kind auch zu künstlichen und handwerksmäsigen Diensten gehalten sey? ist eine Frage, die von den Rechtsgelehrten nicht einstimmig entschieden wird. Unser Herr Verfasser behauptet, künstliche Dienste könnten die Eltern nur in dem Falle verlangen, wenn sie den Kindern Alimente geben. Allein nach der Meinung **Leysers** [29]) können die Eltern von den Kindern dergleichen Dienste gar nicht fordern. Ich glaube, daß das Kind allerdings verpflichtet sey, den Eltern mit seiner erlernten Profeßion und Wissenschaft in so weit beyzustehen, als sie dessen zum Unterhalt der Familie bedürfen. Denn die natürliche Billigkeit erfordert diese gegenseitige Unterstützung, um einigen Ersatz für den Aufwand, wel-

27) **Schotts** Eherecht §. 93. Not. ** **Hofmanns** Handbuch des teutschen Eherechts 2. Hauptst. §. 10. S. 28.

28) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Disput. de operis liberorum, quas suis parentibus debent ac praestant: in EIUSDEM *Dissertat. Academ. Vol. I. n.* 1.

29) Meditat. ad Pandect. Specim. XVII. med. 2.

welchen die Eltern bey dem Unterricht des Kindes gewagt hatten, und das, was sie dabey an häußlichen Arbeiten entbehren mußten, dadurch zu erhalten[30]). In so weit kann auch das Kind keine Vergütung fordern; zumal wenn dasselbe seiner Jugend oder anderer Umstände halber, ein mehreres mit seiner Dienstleistung nicht verdienen könnte, als den Eltern die Erziehung und der Unterhalt desselben kostet[31]). Wenn jedoch das Kind schon ein solches Alter und Fähigkeit erreicht hätte, daß es sich selbst mit seiner erlernten Profeßion oder Kunst unter andern Leuten seinen Unterhalt zu verschaffen im Stande wäre, ja noch mehr verdienen könnte, als der Unterhalt, den es dafür von seinen Eltern genießt, ausmacht; der Sohn bleibt aber bey den Eltern, und leistet ihnen solche Dienste, zu denen sie sonst einen Faktor, oder Handelsdiener, oder einen Gesellen halten und lohnen müßten, er erspart ihnen also den Lohn, welchen sie sonst für fremde Dienstleistungen zahlen müßten; so gebührt einem solchen Kinde allerdings eine billige Belohnung, die dasselbe auch noch bey der künftigen elterlichen Erbtheilung in Anregung bringen und vorausfordern kann, weil es zum Besten der Miterben wirklich gearbeitet hat[32]). Der Lohn

30) von Globig Preißschrift a. a. O.

31) Struben rechtliche Bedenken III. Th. Bed. 49.

32) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss de salario pro operis liberorum praestando: in EIUSD. *Dissertat. Academ* Vol. I. n. 2. RENZ mixt. iuris rom. et germ. in materia patriae potestat. §. XIX. *Chr. Henr.* BREUNING Diss. an pater teneatur liberis ad mercedem praestandam propter operas praestitas. *Lipsiae* 1772. Struben a. a. O. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts III. Th. S. 177. u. ff. Fried. von Bülow's und Theod.

Lohn ist übrigens in solchen Fällen nach dem billigen Ermessen des Richters zu bestimmen [33].

6) Beyde Eltern haben ferner das Recht, die Herausgabe und ungehinderte Verabfolgung ihres Kindes von demjenigen zu verlangen, der ihnen dasselbe widerrechtlicher Weise vorenthält [34]. Merkwürdige Beyspiele hiervon wird man bey Faber [35]) und Moser [36]) finden. Es verstehet sich zwar von selbst, daß auch hier die richterliche Hülfe imploriret werden müsse, und zwar muß die Obrigkeit durch den kürzesten Weg des Processes die Eltern wieder in den verlohrnen Besitzstand setzen. Aber auch die Selbsthülfe, welche diese in solchem Falle ausüben, ist nicht so zu ahnden, wie die Selbsthülfe zur Wiedererlangung des Eigenthums; da nicht bloße Eigenthumsrechte, sondern selbst Pflichten der Natur, und die im Staate autorisirte häusliche Gewalt der Eltern, eine solche Anmaßung entschuldigen [37]). Endlich

7) ist nach teutschen und heutigen Rechten eine Mutter so gut als der Vater befugt, ihren unmündigen Kindern

Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Nr. LV. S. 355. ff.

33) S. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 6. Band Medit. 345.

34) Vid. *Tit. D.* et *C. de liberis exhibendis et ducendis.* Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 410 ff.

35) Staats-Canzley Th. LVI. K. 5. Th. LVII. K. 3. Th. LIX. K. 2. Th. LX. K. 4.

36) R. Hofraths-Conclusa Th. I. S. 747. 755. Th. III. S. 922. Th VI. S. 2. add. Consil Tubingens. Vol. I. Cons. 86.

37 von Globig Preisschrift S. 95.

dern in ihrem letzten Willen einen Vormund zu bestellen; es findet auch in Ansehung der obrigkeitlichen Bestätigung kein Unterschied Statt[38]).

Soviel hiernächst die oben (S. 258) aufgeworfene zweyte Frage betrift, so ist folgendes Princip zu bemerken: **diejenigen Rechte der väterlichen Gewalt, welche dem Vater nach dem römischen Rechte über das den Kindern zustehende eigenthümliche Vermögen eingeräumt werden, sind auch noch heutiges Tages besondere und eigene Rechte des Vaters, an welchen die Mutter in der Regel keinen Antheil nimmt.** Nach diesem Grundsatz hat daher

1) der Vater auch noch nach heutigen Rechten ordentlicher Weise den alleinigen **Nießbrauch** von den Gütern der Kinder, so lange dieselben in väterlicher Gewalt sind[39]). Der Mutter stehet ein solches Recht anders nicht zu, als wenn ihr solches entweder die besondern Statuten und Gesetze eines Orts oder Landes geben[40]), oder wenn sie mit dem

38) RENZ mixtur. iur. rom. et germ. in mat. pat. potest. thes. 16. ROTHHAHN Diss. de materna potestate in liberos §. 44.

39) Westphal im teutschen Privatrecht II. Th. S. 96. §. 3. PUFFENDORF Observat. iuris univ. T. I. Obs. 98. §. 14. WERNHER Observat. Forens. Tom. I. Part. III. Obs. 141. *Lud. Godofr* MADIHN Princip. iur. Rom. Part. V. §. 3.

40) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. I—IV. de usufructu statutario materno, (in EIUSDEM *Dissertation. Academicar.* Vol. II. N. 76. 77. 78. et 79.) *Aem. Lud.* HOMBERGK ZU VACH Diss. de usufructu parentum in Hassia, speciatim de usufructu materno *Marburgi cattor.* 1770. IDEM de usufructu materno in Hassia, atq.

dem Vater in einer allgemeinen Gütergemeinschaft lebt, oder wenn dieselbe nach des Mannes Tode die Erziehung und Verpflegung der Kinder übernimmt, in welchem Falle die Mutter so viel Nutzen aus den Gütern der Kinder zu ziehen berechtiget ist, als jene erfordert [41]).

2) Auch nur allein der Vater hat heutiges Tages das Recht, den Kindern pupillarisch zu substituiren, das heißt, ihnen durch Testament auf den Fall einen Erben zu ernennen, wenn sie in der Unmündigkeit sterben sollten [42]). Daher sind auch

3) Kin-

atq. diversis eiusd. causis, speciatim de parentali potestate. *Ibid.* 1776. IDEM de usufr. materno in Hassia, atq. div. eiusd. caussis, speciatim de communione bonorum, unione prolium, iure devolutionis. *Ibidem* 1777. IDEM de fatis, statu et conditione usussr. materni in Hassia. *Ibidem* 1778. *Io. Gottl* HEINECCII Diss. de usufructu materno iuris german. et maxime Hamburgensis (in EIUS *Opusc. variis.* Halae 1735. 4. Exerc. XV.) *Io. Casp* HEIMBURG Diss. de usufructu materno in bonis adventitiis liberorum. *Ienae* 1763. ROTHHAHN D. de mat. potest. in liberos §. 15 — 23.

41) S. Heinr. Ferd. Christ. von Lyncker Abhandlung von der Vormundschaftsbestellung bey privat- und erlauchten Personen. 1. Th. §. 24. S. 75. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I §. 586. sq.

42) CARPZOV Iurispr. Forens. P. III. Const. 8. def. 16. WERNHER select. Observat. Forens. Tom. I. Part. V. Obs. 157. n. 2. 3. SCHILTER Praxi Iur. Rom. Ex. XXXVIII. §. 88. Zwar will ROTHHAHN in der öfters angeführten Dissertat. §. 12. behaupten, daß nach heutigen Rechten auch der Mutter das Recht der Pupillar-Substitution zustehe; allein aus den von ihm angeführten besondern Rechten einiger teutschen Reichslande läßt sich noch kein gemeines teutsches Recht in Ansehung dieses Puncts herleiten.

3) Kinder nur so lange zum Testiren unfähig, als der Vater lebt, und sie in dessen Gewalt sind. Stirbt der Vater, so sind sie nun in Ansehung ihres Vermögens für sui iuris zu halten, wenn sie gleich noch bey der Mutter und unter deren Aufsicht bleiben. Sie können daher nunmehr, wenn sie das dazu erforderliche Alter haben, selbst ein Testament machen. Sie können auch nun gültige Darlehne contrahiren, ohne daß ihnen das Macedonianische Senatusconsultum weiter zu statten kommt. Kurz die Qualität eines filiifamilias hängt auch noch heutzutage von der Römischen väterlichen Gewalt ab [43]).

Was endlich die dritte Frage (S. 258.) anlangt, so nimmt der **heutige Gerichtsgebrauch** fast **alles an, was das neuere römische Recht von der väterlichen Gewalt verordnet; und nur dasjenige fällt heutiges Tages weg, was aus dem ehemaligen Eigenthume des Vaters über seine Kinder, und der häußlichen Gerichtsbarkeit desselben auch selbst im neuern römischen Rechte noch übrig geblieben ist.** Denn in Teutschland hat nie der Vater ein Eigenthum oder eine richterliche Gewalt über seine Kinder gehabt [44]). Daher können auch keine Folgen davon angenommen werden. Also kann

1) der

43) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 104. S. 119.

44) HEINECCIUS in Elem. iuris Germ. Lib. I. §. 169. 170. PUFFENDORF in Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 99. §. 8. Struben rechtliche Bedenken II. Th. Bed. 63. S. 254. *de* SELCHOW Elem. iuris German. privati hodierni. §. 489.

1) der Vater nach heutigen Rechten seine neugebohrnen Kinder auch in der äussersten Noth und Dürftigkeit nicht verkaufen.

2) Eben deßwegen kann auch die den Eltern zustehende Klage, wodurch sie die Verabfolgung ihrer Kinder von demjenigen verlangen, der sie ihnen vorenthält, keine eigentliche Vindications-Klage genennt werden. Es hindert auch

3) die erdichtete Einheit zwischen dem Vater und seinen noch unter der väterlichen Gewalt stehenden Kindern in Teutschland nicht die Entstehung bürgerlich vollgültiger Rechte und Verbindlichkeiten zwischen denselben[45]). Es gelten daher Verträge zwischen ihnen[46]). Zwar wollen verschiedene heutige Rechtsgelehrte das Gegentheil darum behaupten, weil das römische Recht hierin durch kein contraires teutsches Gesetz sey aufgehoben worden[47]). Allein es kann doch auch nicht geläug-

45) *Ge.* BEYER Delineat. iuris Germ. Lib. I. cap. 26. §. 41. ROTHHAHN Diss. cit. §. 9. Westphal teutsches Privatrecht 2. Th. S. 95. *Bern. Aug.* GAERTNER Meditat. practic. ad Pandect. Specim. I. med. 75.

46) *Gottl. Ger.* TITIUS in Diss. de contractibus patris et liberorum in potestate eius existentium. *Lipsiae* 1713. *Christ. Henr.* BREUNING Diss. an fictio unitatis personae hodie noceat pacto inter patrem et filium inito? *Lipsiae* 1771. *Christ. Gottl.* EINERT Diss. de valore donationum inter parentes et liberos. *Lipsiae* 1773.

47) LEYSER Specim. XXI. med. 5. WERNHER Obs. forens. T. I. P. V. Obs. 189. HOMMEL Diss. de usu hod. patr. potest. Cap. III. §. 78. RENZ cit. Diss. Th. 20. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 104. S. 105. MÜLLER ad LEYSERUM

geläugnet werden, daß das Röm. Recht in Ansehung solcher Vorschriften, deren wesentlicher Grund bey uns gänzlich wegfällt, nicht füglich zur Anwendung kommen könne. Hierin stimmen auch mehrere bewährte heutige Rechtslehrer [48]) mit mir überein. Ein gleiches gilt von den Verträgen, welche Kinder, die noch unter väterlicher Gewalt stehen, nicht mit dem Vater, sondern unter sich eingehen; insofern nehmlich, wie sich von selbst versteht, den väterlichen Rechten dadurch kein Eintrag geschiehet [49]). Aus gleichem Grunde können auch nach heutigen Rechten Processe zwischen Eltern und Kindern während der väterlichen Gewalt Statt finden. Z. B. wenn das Kind über grausame Behandlung oder Verweigerung des nöthigen Unterhalts gegen den Vater Klage erhebt; oder wenn sich der Vater widerrechtlich [illegible] den

RUM Tom. I. Obs. 103. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien III. Band. 132. Meditat.

48) BERGER Oeconom. iuris Lib. I. Tit. 3. thes. 16. Struben rechtl. Bedenken II. Th. Bed. 68. S. 254. Adolph Diet. Weber Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 88. S. 399. Fischer Lehrbegriff der Kameral- und Policeyrechte I. Th. §. 163. Unser Herr Verfasser §. 138. und die bereits Not. 45. u. 46. angeführten Schriftsteller.

49) Nach dem römischen Rechte konnten die Kinder, die noch unter väterlicher Gewalt standen, nicht einmal unter einander bürgerlich gültige Verträge schließen. Denn im Grunde war es eben so viel, als ob sie mit dem Vater paciscirten. *L. 38. D. de condict. indeb.* Allein selbst nach dem neuern römischen Rechte, seitdem die peculia adventitia eingeführt wurden, ließ sich dieser Satz nicht mehr ohne Einschränkung behaupten. Höpfners Commentar §. 736.

den Nießbrauch an solchen Gütern der Kinder anmaßt, daran ihm nach gemeinem Rechte kein usufructus zustehet, so kann das Kind desfalls bey der Obrigkeit klagen [50]). Ferner kann der Vater wegen der seinem filiofamilias wiederfahrnen Injurie heut zu Tage nicht mehr, wie nach dem Röm. Rechte [51]), im eigenen, sondern nur in seines Sohnes Namen klagen, als natürlicher Vertheidiger desselben [52]). Indessen ist doch nicht zu läugnen, daß manche Folgen und Sätze des Röm. Rechts in den teutschen Gerichten gelten, die sich auf die persönliche Einheit zwischen dem Vater und seinen Kindern beziehen. Dahin gehört z. B. das *ius suitatis* solcher Kinder, die bis an den Tod ihres Vaters in desselben Gewalt geblieben sind, vermöge dessen sie die väterliche Erbschaft ipso iure erwerben, ja, ohne es gewußt zu haben, daß ihnen dieselbe zugefallen sey, auf ihre Erben transmittiren. Bocris [53]) ist zwar anderer Meinung. Allein die tägliche Praxis widerspricht ihm [54]). Eben so kann

50) BEYER Delineat. iuris german. Lib. I. cap. XXVI. §. 48. ROTHHAHN cit. Differt. §. 11. RENZ cit. Mixt. iur. rom. et germ. Thes. XXII. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 589 in fin.

51) *L. 1. §. 3. et 5. L. 18. §. 4. et 5. D. de iniur.*

52) S. Kleinschrods Grundzüge der Lehre von Injurien. VI. §. 3. (im Archiv des Criminalrechts 1. Band. 4. St. S. 30.)

53) Joh. Heinrich Bocris kurzgefaßter Beweiß, daß die Suitas heredis in Teutschland wenig oder gar keinen Nutzen zeige, dahingegen zur Verwirrung der vaterländischen Rechte und Bekränkung der Partheyen wahren Gerechtsame ein großes mitwirke. Altdorf 1744. 4.

54) STRYCK Us. Mod. Pandect. Lib. XXIX. Tit. II. §. 2. RENZ mixt. iur. rom. et germ. in materia patr. pot. §. 25. et 32.

kann auch heut zu Tage der Sohn nicht Zeuge bey dem Testamente seines Vaters, oder eines Dritten seyn, worin der Vater zum Erben eingesetzt worden ist, so lange jener noch in väterlicher Gewalt ist[55].

4) Da die Teutschen dem Vater nie eine richterliche Gewalt über seine Kinder eingeräumt haben, so ist die hierauf sich beziehende *actio tributoria* heutiges Tages ganz ungewöhnlich; wie ich Lib. XIV. Tit. 4. umständlicher zeigen werde[56].

§. 139.

Erwerbungsgründe der väterlichen Gewalt.

Die römische oder bürgerliche väterliche Gewalt kann nun auf dreyerley Art erworben werden, nämlich durch rechtmäßige Ehe, durch Legitimation und Adoption.

Die erste und gewöhnlichste Erwerbungsart der väterlichen Gewalt ist also eine rechtmäßige Ehe. Da die Lehre vom Eherecht erst im 23. Buch der Pandecten vorkommt, so will ich hier nur im Allgemeinen folgendes bemerken.

1) Ueber Kinder, die man in rechtmäßiger Ehe gezeugt hat, erwirbt man die väterliche Gewalt, gleich von

55) Notariatsordn. Max. I. Tit. von Testamenten §. 6.

56) Westphal a. a. O. S. 96. STRYCK Us. Mod. Pandect. Tit. de tribut act. §. 1. LAUTERBACH Coll. theor. pr. Pandect. eodem tit. §. 7. Höpfner Commentar §. 1152.

ihrer Geburt an, ipso iure [57]). Denn die Gesetze halten den Ehemann für den rechtmäßigen Vater solcher Kinder, die während einer gesetzmäßigen Ehe gebohren sind [58]). Daher die Regel: *Pater est, quem iustae nuptiae demonstrant.* Nur müssen

II) nicht Gründe einer physischen Unmöglichkeit eintreten, die diese rechtliche Vermuthung aus dem Wege räumen. Wenn daher der Ehemann nach einer mehrjährigen Abwesenheit ein Kind zu Hause anträfe, welches seine Frau unterdessen gebohren hätte, so kann ein solches Kind freylich nicht für ein rechtmäßiges Kind des Ehemanns, noch dieser für den Vater desselben gehalten werden [59]). Eben dies gilt in dem Falle, wenn der Mann durch langwierige schwere Krankheit und abgezehrte Kräfte seit langer Zeit ausser Stand gesetzt war, der Frau ehelich beyzuwohnen, und derselbe dennoch zu seinem nicht geringen Erstaunen die ganz unerwartete Entdeckung macht, daß seine Frau gesegneten Leibes ist [60]). Ausserdem ist

III) jene

57) *Princip. I. de patr. pot.* *L. 3. D. h. t.* In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus: quod ius proprium civium Romanorum est.

58) *L. 6. D. eod.* *L. 3. §. 1. D. de agnosc. et alend. lib.*

59) *L. 6. D. h. t.* Si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua; placet nobis *Iuliani* sententia, *hunc non esse mariti filium.*

60) *L. 6. D. h. t.* — Sed mihi videtur, quod et *Scaevola* probat, si constet, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa; vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit: hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, *filium non esse.*

III) jene gesetzliche Vermuthung, daß der Ehemann Vater des Kindes sey, welches seine rechtmäßige Gattin während der Ehe zur Welt gebracht hat, so stark, daß dem Vater das dadurch erworbene Recht der väterlichen Gewalt auf keine Weise genommen werden kann, wenn auch die Frau behaupten sollte, daß das Kind nicht von ihm, sondern von einem andern im Ehebruch mit ihr erzeugt sey[61]), diese Angabe der Mutter auch dadurch wahrscheinlich würde, daß sie als eine ausschweifende Person öffentlich bekannt wäre[62]), ja ihre Versicherung eidlich[63]) und unter den Geburtsschmerzen bekräftiget hätte[64]). Denn kein Geständniß darf zum Nachtheil eines Dritten gereichen[65]), und folglich kann auch der Eid von keiner Wirkung seyn, wenn das Geständniß an sich unwirksam ist[66]).

61) *L. 29. §. 1. D. de probat. L. 3. §. penult. D. de iniur. Cap 9. X de poenit.* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

62) *L. 11. §. 8. et 9 D. ad L. Iul. de adulter.* VOET in Comment. ad D. h. t. §. 8.

63) *Cap. 10. X. de probat.* LAUTERBACH in Coll. th. pr. Pand. h. t. § 9. WERNHER lect. Comment. ad Pand. h. t. §. 6.

64) VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 7.

65) *L. 74. D. de R. I. L. ult. in fin. Cod. de accusat. Cap. 1. X. de confess. cap. 4. et 10. X. de probat. cap. 10. de testib.* Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß §. 218. S. 266.

66) *Nam omne iusiurandum sequitur naturam negotii principalis, atque cum illius defectu aut infirmitate simul vitiatur.* MALBLANC doctr. de iureiurando §. 117. Es ist überdem bekannt, daß auch der Eid keinem Dritten zum Nachtheil gereichen dürfe. *Cap. 21. X. de iureiur.*

IV) Wird ein Kind noch nach getrennter Ehe von einer geschiedenen Frau zur Welt gebracht, so wird dasselbe in Gemäßheit des Plancianischen Senatusconsultums[67]) für den filiusfamilias des geschiedenen Mannes angesehen, wenn sie ihre Schwangerschaft dem Mann binnen dreyßig Tagen nach aufgehobener Ehe gehörig angezeigt, und dieser gegen die Denunciation seiner Frau nichts einzuwenden hatte, oder sonst aus den Umständen klar erhellet, daß der Beyschlaf, aus dem der Partus gezeugt worden, noch als eine eheliche Kohabitation des von ihr geschiedenen Gatten anzunehmen sey. Denn das Plancianische Senatusconsultum ist nicht blos Regulativ für die Agnition des Partus, sondern man wollte auch dadurch den Vater zugleich in den Stand setzen, wie er sich seines Kindes versichern, und sich gegen eine etwa mögliche Supposition des Partus ausser Gefahr setzen könnte[68]).

V) In wiefern der Ehemann diese für ihn und den Stand des Kindes streitende Vermuthungen auch wider sich gelten lassen, und das von seiner rechtmäßigen Frau zur Welt gebrachte Kind auch wider seinen Willen für das seinige anerkennen müsse, davon ist hier die Frage noch nicht, sondern gehört zum 3. Titel des XXV. Buchs. Allein das ist hier noch

VI) anzumerken, daß der Vater des Kindes selbst von der väterlichen Gewalt frey seyn müsse, wenn er sie durch die Ehe über das Kind erhalten soll. Ist er daher

selbst

67) *L. 1. §. 1. D. de agnosc. et alend. liberis.*

68) Christ. Gmelin über die Präjudizialklage de partu agnoscendo. (Erlangen 1781. 8.) §. 16.

selbst noch der väterlichen Gewalt unterworfen, so stehet nicht ihm, sondern dem Großvater die väterliche Gewalt über die von seinem Sohne in rechtmäßiger Ehe gezeugten Enkel zu[69]), und der Vater erhält sie erst nach dem Tode des Großvaters[70]); welcher Fall jedoch in unsern Tagen seltner, als zu der Römer Zeiten vorkommen möchte.

§. 140.

Begrif der Legitimation nach römischen, teutschen und heutigen Rechten. Kurze Geschichte derselben.

Die andere Erwerbungsart der römischen väterlichen Gewalt ist die Legitimation[71]). Diese setzt voraus,

S 4 daß

69) *L.* 4. *D. h. t.* Qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est, nepos meus, et neptis, aeque in mea sunt potestate; et pronepos et proneptis, et deinceps caeteri.

70) *L.* 5. *D. h. t.* Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere solent in filii potestatem, hoc est, patris sui.

71) Die vorzüglichsten Schriften über diese Lehre sind *Franc.* HOTOMANNUS de spuriis et legitimatione, (in EIUS *disputat. iuris civ. volumine. Lugduni* 1569. et in *Operib.* T. I. p. 519.) *Christ.* THOMASII Diss. de usu pract. doctrinae de legitimatione *Halae* 1713. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de legitimatione ex damnato coitu natorum *Halae* 1759. *Ge.* IORDENS Diss. duae de legitimatione, *Trajecti ad Rhen.* 1742. et 1743. (in *Dan.* FELLENBERG *Iurisprud. antiqua. Bernae* 1761. Tom. II. N. XVII p. 325.) *Ern. Lud. Aug.* EISENHART Diss. de legitimatione liberorum illegitimorum praecipue secundum ius german. hodiernum. *Helmst.* 1786. 4. Außerdem hat auch hiervon noch sehr gründlich gehandelt *Desider.* HERALDUS lib. I. rer. et quaest. iuris quotid. cap. I. sqq. et c. 4. Die von einzelnen Gegenständen dieser Materie handelnde besondere Schriften werde ich gelegentlich anführen.

daß das Kind von mir in einem unehelichen Beyschlafe erzeugt worden sey. Denn solche uneheliche Kinder sind von Geburt nicht in väterlicher Gewalt [72]). Was ist aber Legitimation? Unser Herr Verf. sagt, sie sey diejenige Handlung, wodurch uneheliche Kinder mit Hülfe einer Fiction zu ehelichen Kindern gemacht werden. Allein dieser Begrif scheint mir nicht ganz adäquat zu seyn. Wozu jener Behelf der Fiction in dem allgemeinen Begriffe der Legitimation, da sich eine solche Erdichtung nicht einmal aus dem römischen Rechte mit Bestand darthun läßt? Die Legitimation überhaupt ist vielmehr eine solche Handlung, wodurch uneheliche Kinder die Rechte der ehelichgebohrnen ganz oder zum Theil erlangen. Diese ist nun von dreyerley Art, die römische, die teutsche und die heutige Legitimation.

Nach dem römischen Rechte wird die Legitimation, wiewohl man dieses Wort in den römischen Gesetzen eigentlich nicht findet [73]), blos als ein modus acquirendi patriam potestatem betrachtet, und darunter eine solche Hand-

72) *L.* 11. *D. h. t.* Inviti filii naturales non rediguntur in patriam potestatem.

73) Es kommt zwar das Wort *Legitimatio* in den Rubriken des 2. 8. u. 9. Kap. der Nov. 89. vor. Allein es ist ja bekannt genug, daß jene Rubriken nicht ächt sind, denn in dem griechischen Texte finden sie sich nicht. S. LAUTERBACH Diss. de legitimatione per subsequens matrimon. Th. 2. *Io.* WUNDERLICH de legitimatione per oblat. curiae §. 1. not. 6. NOLTENIUS hält es daher in Lexico latin. linguae antibar. pag. 601. mit Recht für ein vocabulum barbarum et minus latinum. Allein in Corpore iuris canonici kommt es vor c. 13. X. *qui fil. sint legit.*

Handlung verstanden, wodurch natürliche Kinder, welche im Concubinate erzeugt worden sind, in die väterliche Gewalt ihres natürlichen Vaters, in welcher sie von Geburt nicht sind, mit ihrer Einwilligung gebracht werden, und hierdurch zugleich die Familienrechte ehelich gebohrner Kinder erlangen. Diese römische Legitimation wurde also blos als eine Wohlthat für den Vater eingeführt, wodurch die väterliche Gewalt, als ein wichtiges Vorrecht, über solche Kinder sollte erlangt werden können, welche von Geburt in derselben nicht waren. Sie war vor K. Constantin dem Großen nicht bekannt[74]). Erst dieser Kaiser verordnete, daß wenn ein Römer seine Concubine, im Falle sie nämlich freyer Geburt wäre, heyrathen würde, die mit ihr erzeugten Kinder für ehelich gehalten werden, und der Vater die väterliche Gewalt über sie erhalten sollte[75]). Die Absicht des Kaisers dabey war, den Concubinat, welchen die Römer, seitdem solcher unter August eine erlaubte Verbindung ward, freylich aus mancherley Ursachen der rechtmäßigen Ehe weit vorzogen, den

74) Man behauptet zwar gewöhnlich, daß schon vorher ein uneheliches Kind zuweilen dispensationsweise legitimirt worden sey. Allein Marcian, auf den man sich beruft, redet *L.* 57. §. 1. *D. de ritu nupt.* von Kindern, die aus einer putativen Ehe gebohren sind. S. *Io. Ortw.* WESTENBERG Div. Marcus Diss. IX. und Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 135. Not. 1.

75) Die Verordnung selbst findet sich zwar im Codex nicht, allein man erkennt ihren Inhalt aus der Verordnung des K. Zeno in *L.* 5. *C. de nat. liberis*, wo jener Erwähnung geschiehet, und selbige erneuert wird.

aber der christliche Kaiser den Grundsätzen der christlichen Religion zuwider hielt, wenigstens zu schwächen, da er denselben auf einmal abzuschaffen ganz unmöglich fand. Er suchte also die Bürger, durch die ihnen verheissene Wohlthat, zur Schliessung rechtmäßiger Ehen mit ihren Concubinen anzureizen[76]. Und damit er seine Absicht desto eher erreichen möchte, so schränkte er nicht nur das Recht der natürlichen Kinder, aus dem Testamente ihres Vaters zu erben, ausserordentlich ein[77]; sondern er wollte auch die Wohlthat der Legitimation nur solchen Eltern angedeihen lassen, welche bereits im Concubinate lebten, und schon vor seiner Gesetzgebung darin Kinder gezeugt hätten[78].

Für

76) HEINECCIUS in Commentar. ad L. Iul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. IV. §. 5.

77) *Praevidebat enim Imperator*, schreibt HEINECCIUS a. a. O. p. 174. *parentes aegre laturos hanc liberorum conditionem, et cum concubina potius facturos iustas nuptias, quam ut eam liberosque ex se natos, se mortuis in mendicitate vivere paterentur.* Daß Constantin das Erbrecht der natürlichen Kinder wirklich in dieser Absicht eingeschränkt habe, ist aus der Verordnung des K. Valentinian *L. 1. Cod. Theod. de natur. fil.* zu ersehen; worin aber diese Einschränkungen bestanden haben? untersucht *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad Cod. Theodos. Tom. I. Lib. IV. Tit. 6. p. 393. edit. *Ritter.*

78) Dies ist wenigstens daraus sehr wahrscheinlich, weil K. Zeno in *L. 5. Cod. de naturalib. lib.* die Wirkung der Legitimation durch die nachfolgende Ehe der Eltern ebenfalls nur auf die zur Zeit seiner Gesetzgebung schon gebohrnen natürlichen Kinder einschränkte, und dabey ausdrücklich erklärte, daß er das Constantinische Gesetz erneuern wolle.

Für eben diese Absicht arbeiteten auch die Kaiser Zeno [79]) und Anastasius [80]). Allein K. Justinus gieng noch weiter. Er erneuerte nicht allein das Gesetz des Anastasius, sondern er räumte auch eines der vorzüglichsten Hindernisse aus dem Wege, wodurch die löbliche Absicht seiner Vorfahren oft vereitelt worden war. Er verbot nämlich, uneheliche Kinder durch den Weg der Arrogation in die väterliche Gewalt zu bringen, und solchen hierdurch die Familienrechte in Ansehung ihres natürlichen Vaters mittheilen zu lassen [81]). Justinian erweiterte im Gegentheil das Recht der Legitimation eben so sehr, als es seine Vorfahren zur Aufhebung des Concubinats eingeschränkt hatten. Denn die Erfahrung hatte ihn gelehrt, daß alle Verfügungen seiner Vorfahren fruchtlos gewesen waren, ein Uebel auszurotten, welches viel zu tiefe Wurzeln geschlagen hatte. Er erleichterte daher den Weg der Legitimation

79) *L. 5. Cod. de nat. lib.* — Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerint, minime huius legis beneficio perfruantur: cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare, — et legitimos filios, utpote nuptiis praecedentibus, procreare.

80) *L. 6. C. eodem.* vom Jahr 508.

81) *L. 7. Cod. eodem*, vom Jahr 519. — non arrogationum vel adoptionum praetextus, quae ulterius minime ferendae sunt, cum nimis sit indignum, nimis item impium, flagitiis praesidia quaerere, ut et petulantiae servire liceat; et ius nomenque *patris*, quod eis denegatum est, id altero legis colore praesumant. Diese Constitution wird irrig von einigen dem K. Justinian zugeeignet. Allein man sehe RELANDI fastos Consulares pag. 686.

mation nicht nur dadurch, daß er bey den Ehen der römischen Bürger den Unterschied des Standes aufhob; sondern auch die Legitimation durch nachfolgende Ehe als eine beständige und zu jeder Zeit gültige Art der Legitimation einführte, welche sich auch auf die noch künftig im Concubinat zu erzeugenden Kinder erstrecken solle[82]); ja er erfand sogar auch auf den Fall, da die Ehe mit der Concubine nicht Statt finden möchte, noch eine neue Art der Legitimation, nämlich durch ein fürstliches Rescript[83]). Wir werden davon zu seiner Zeit ausführlicher handeln. Soviel vorjetzt vom Begriffe und der Geschichte der römischen Legitimation.

Nicht zum Nutzen des Vaters, sondern der Kinder ist hingegen die teutsche Legitimation eingeführet worden, welche dem Vater keine väterliche Gewalt über seine unehelichen Kinder giebt, sondern blos den Schandfleck der unehelichen Geburt tilgt, und die Kinder fähig macht, in Gilden, Zünfte und andere Kollegien aufgenommen zu werden, und überhaupt im Staat als legitim zu passiren. Auch von dieser wird unten beym §. 145. ein mehreres vorkommen.

Endlich die heutige Legitimation ist diejenige Handlung, wodurch uneheliche Kinder sowohl die Familien-

82) *L.* 10. *Cod. de natur. lib.* Von den besondern Gründen dieser justinianeischen Legislation sehe man vorzüglich *Conr. Wilh de* RHOER Dissertationum de effectu religionis christianae in iurisprud Rom. Fascic. I. Diss. IV. §. 9 pag. 133. sq.

83) *Christ. Henr* HILLER Diss. qua legitimatio per rescriptum Principis Iustiniano Imp. tamquam auctori atque inventori vindicatur. *Tub.* 1723.

lienrechte ehelich gebohrner, als auch gewisse bürgerliche Rechte, die sie ausserdem wegen ihrer Anrüchtigkeit hätten entbehren müssen, erlangen, und zwar entweder beyde zusammen, oder nur letztere, mit Ausschluß der erstern[84]. Daher ist die Legitimation nach heutigen Rechten entweder eine vollkommene (*legitimatio plena*), oder eine unvollkommene (*minus plena*)[85].

Noch ist die Frage kürzlich zu erörtern, ob die Legitimation ausser der Ehe gebohrner Kinder sich in einer rechtlichen Erdichtung[86] gründe? Nach der gewöhnlichen Lehre der Rechtsgelehrten wird sie bejahet. Man sagt nämlich, so wie man sich die Sache gewöhnlich vorstellt, bey jeder Legitimation werde rechtlich fingirt, als ob das legitimirte Kind in rechtmäßiger Ehe erzeugt worden sey; insonderheit aber werde bey derjenigen Art der Legitimation, welche per subsequens matrimonium geschieht, noch ausserdem fingirt, als ob schon zur Zeit

84) S. EISENHART in der angef. Dissertat. Cap. II. §. 6.

85) von Trütschler Anweisung zu vorsichtiger und förml. Abfassung rechtl. Aufsätze. I. Th. S. 301. nach der zweyten verb. Auflage.

86) Man versteht unter einer rechtlichen Erdichtung (*fictio iuris s. legis*) eine solche Verordnung des Röm Rechts, vermöge welcher etwas für wahr angenommen wird, was zwar nicht wirklich wahr, aber doch möglich ist, um entweder das strenge Recht durch Billigkeit zu mildern, oder ein Gesetz analogisch anzuwenden, wo für sich keine Analogie vorhanden ist. S. ALTESERRA Tr. de fictionibus iuris. *Paris.* 1659. et rec. *Halae* 1769. 8. und *Christ. Iac.* ZAHN Diss. de fictionibus iuris Rom. praes. *Christ.* GMELIN. *Tubingae* 1787. def.

Zeit der Geburt des Kindes[87]), ja sogar schon zur Zeit der Conception desselben[88]), unter den jetzt heyrathenden Eltern eine rechtmäßige Ehe Statt gefunden habe. Jene Fiction, die bey aller Art der Legitimation zum Grunde liegen soll, nennt man eine einfache (*fictio simplex*), die letztere aber, welche nur bey der Legitimation durch die nachfolgende Ehe der Eltern Statt finden soll, eine zurückwirkende (*fictio retrotractiva*). Weil nun bey einer jeden Fiction der Gesetze immer eine moralische Möglichkeit desjenigen voraus gesetzet wird, was als wahr angenommen werden soll, so könnten nur blos solche uneheliche Kinder legitimiret werden, deren Eltern zur Zeit des Beyschlafs und der Conception eine rechtmäßige Ehe nach den Gesetzen freygestanden hätte. Daher komme es nun, daß keine im Ehebruch, Blutschande, oder aus irgend einem andern unerlaubtem Beyschlafe erzeugten Kinder legitimirt werden könnten. Allein dieser Theorie stehen starke Zweifel entgegen, daher sie von vielen ältern und neuern Rechtslehrern[89]) als ungegründet verworfen wird. Denn erst-

lich

87) Man sehe *Io.* STRAUCH Dissertat. ad Ius Iustinian. IV. § 3. *Pet. Diet.* VOLKMANN in Diss. de legitimatione partus, a parentibus sedulo occultati, eiusque adulterini per subsequens matrimonium. *Giessae* 1761. §. X. sq. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. cap. II. Membr. II. §. 3. u. a. m.

88) S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. und EMMINGHAUS ad *Eundem* not. i. pag. 99. sq.

89) *Andr.* ALCIATUS Paradoxor. lib. III. cap. 12. VINNIUS in Commentar. ad § ult. I. de nupt. STRYCK Us. Mod Pandectar. h. t. §. 11. besonders aber *I. H.* BOEHMER in Diss. de legitimat. ex damnato coitu nator. §. 14. *Ge.* IORDENS Disp. altera de legitimatione cap. II. bey FELLENBERG T. II. pag. 410.

lich wozu brauchten die römischen Gesetzgeber den Behelf einer Fiction, welche die Legitimation als eine Wohlthat für den Vater einführten? War ihr Wille allein nicht hinreichend? Zwar bedienten sich die römischen Rechtsgelehrten solcher Erdichtungen öfters, wenn sie von der Strenge der Gesetze abwichen, um ihre aufgestellten Sätze damit zu coloriren [90]; allein nicht von diesen, sondern von den römischen Kaisern selbst ist ja die Legitimation eingeführt worden. Konnten nun diese nicht ohne jenen Umschweif, vermöge ihrer gesetzgebenden Gewalt, den unehelichen Kindern die Rechte ehelich gebohrner unter gewissen Bestimmungen beylegen? Zweytens wird in keinem Gesetz jener Fiction gedacht. Nun ist, ohne gesetzliche Verordnung, jede Fiction, nach dem eigenen Begriffe des Verf. ein Unding. Man hat auch drittens gar nicht nöthig, zu dieser Fiction seine Zuflucht zu nehmen, um daraus irgend eine Verordnung in der Legitimationslehre zu erklären. Denn daß keine adulterini, keine incestuosi, keine spurii nach dem Röm Rechte legitimirt werden können, hat vielmehr seinen Grund in dem Haß der Röm. Gesetzgeber gegen einen solchen gesetzwidrigen Beyschlaf, wodurch diese unehelichen Kinder ihre Existenz erhielten, wie daraus erhellet, weil sie eben so wenig durch ein kaiserliches Rescript, als durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimirt werden

410. sqq. *Car. Seb.* BERARDUS in Commentar. in Ius Eccles. univ. Tom. III. Dissert. VI. Qu. 2. pag. 17. und Joh. Jac. Prehn Untersuchung der Frage: ob die Legitimation ausser der Ehe gebohrner Kinder sich in einer röm. Erdichtung gründe? Rostock 1777. 4. §. 4. ff.

90) Man sehe *Altescerra* c. Tr. und ZAHN cit Diss.

den konnten. Man wendet zwar ein, daß wenigstens die Verordnung in der *L.* 10. und *L* 11. *C. de nat. lib.* vermöge welcher keine Legitimation Statt findet, wenn Jemand mit einer Sklavin Kinder gezeugt hat, darauf die Sklavin mit den Kindern freyläßt, und sie heyrathet; sich nicht erklären lasse, wenn man keine Fiction zur Hülfe nehme. Denn da hier zur Zeit der Geburt dieser Kinder keine Ehe zwischen den Eltern derselben möglich war, so habe folglich auch bey diesen Kindern nicht fingirt werden können, daß sie in rechtmäßiger Ehe erzeugt worden. Allein auch hierauf läßt sich leicht antworten. Daß Kinder, die ein römischer Bürger mit einer Sklavin erzeugt hatte, nach jenen Gesetzen nicht durch die nachfolgende Ehe mit derselben legitimirt werden konnten, hatte ganz andere Ursachen. 1) Hatte Kr. Constantin die Legitimation per subsequens matrimonium blos zu dem Ende eingeführt, um den Concubinat einzuschränken. Sie konnte also den in einem contubernio erzeugten Kindern nicht zu statten kommen[91]. 2) Wenn auch der Herr die Sklavin, mit der er die Kinder gezeugt hatte, freyließ, so waren deren Kinder doch nur libertini. Diese aber hatten vor **Justinian** keine verwandschaftlichen Successionsrechte[92]. 3) Suchte **Constantin** überhaupt unanständige Verbindungen mit niedern Weibern zu verhindern[93]. Es ist daher gar nicht unwahrscheinlich, daß er die mit einer Sklavin erzeugten Kinder vielleicht darum von der

91) *L. 3. C. de inceſt. nupt.*

92) *Pr. I. de ſervili cognat.* Höpfner im Comment. über die Institut. §. 136. Not. 2.

93) HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 2. §. 2. pag. 137. ſqq.

der Wohlthat der Legitimation ausgeschlossen habe, weil er überhaupt nicht wünschte, die Ehe des Herrn mit seiner gewesenen Sklavin zu befördern[94]). Ueberdem hat ja auch 4) Justinian alles geändert, indem er Nov. LXXVIII. cap. 4. die Legitimation durch nachfolgende Ehe auch in dem Falle zugelassen hat, da die Mutter zur Zeit der Conception oder der Geburt der Kinder noch Sklavin gewesen; welches sich doch nunmehr mit jener retrotractivischen Erdichtung unmöglich zusammenreimen läßt. Selbst diejenigen, welche sie annehmen, müssen daher gestehen, daß Justinian dieselbe aufgehoben habe. Es ist also der ganze Streit darüber unnütz[95]).

§. 141.

94) S. Ant. Fried. Just. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Band. 10. Abh. S. 215.

95) Zum Beschluß will ich nur noch eine Stelle aus dem angeführten BERARDUS über diese Materie beyfügen, da dieses Buch nicht sonderlich bekannt worden ist. *Quaenam absurda*, sagt dieser a. a. O. *emergere potuissent, inducta huius generis fictione, facile est demonstrare, uno proposito exemplo. Nimirum proponatur filius-familias eam in concubinam sibi adscivisse, quam ideo uxorem non duxerat, quia pater nuptiis cum ea contrahendis dissensisset. Interea ex ea concubina nati sunt liberi, iidemque iuxta Iuris Rom. etiam Iustinianei principia naturales. Mortuo patre filius sui iuris effectus, cum concubina sua nuptias contraxit. Quoties in hac specie fingeretur, ad tempora concubinatus retrotrahi nuptias, quis non videret, filios in concubinatu susceptos habitum iri tanquam suos avo, eidemque quasi posthumos agnasci? At vero hoc posthumorum genus toti Romanae vel ipsi recentiori Iustinianeae iurisprudentiae prorsus incognitum est, et novis inauditisque controversiis occasionem praeberet.*

§. 141.

Welche Unehelichgebohrne können legitimirt werden?

Es kommt nun in der weitern Abhandlung dieser Materie zuerst auf die Frage an, bey welchen unehelichen Kindern die Wohlthat der Legitimation eigentlich Statt habe? Unser Verf behauptet, daß sie nur den im Concubinate, und aus einem Stuprum erzeugten Kindern zu statten komme. Dahingegen könnten weder adulterini noch incestuosi legitimirt werden, weil sich bey solchen Kindern nicht fingiren lasse, daß ihre Eltern zur Zeit des Beyschlafs bereits in rechtmäßiger Ehe gelebt hätten. Nicht minder wären auch die mit einer Hure erzeugten Kinder (vulgo quaesiti) von jener Wohlthat auszuschliessen, weil bey diesen nicht einmahl der Vater gewiß sey. Lauter Sätze, welche beweisen, daß sich aus einem falschen Princip keine richtigen Folgen herleiten lassen. Man unterscheide zwischen dem römischen und dem canonischen oder heutigen Rechte, deren Grundsätze hierin nicht mit einander übereinstimmen. Nach dem römischen Rechte konnten nur allein die im Concubinat[96]) erzeugten Kinder

96) Concubinat heißt im Sinne des röm. Rechts die häusliche Verbindung einer ledigen freyen Mannsperson mit einer unverheyratheten Weibsperson, welche ohne eheliche Form und Affection bloß zum Beyschlaf mit Zulassung der Gesetze eingegangen wurde. Dieser war vor August verboten. S. *Herm.* CANNEGIETER Diss. ad Legem Numae Pompilii de ara Iunonis pellici non tangenda *Lugd. Bat.* 1743. Cap. 4. (in *Dan.* FELLENBERGII *Iurisprud. antiqua* Tom. I. Nr. VI. pag. 355 sqq.) Erst unter August ward er durch die *Lex Iulia et Papia Poppaea* eine erlaubte Verbindung. Daher sagt Mar.

Kinder (*naturales*) legitimirt werden; andere unehelich gebohrne nicht [97]). Der Grund hiervon ist erstlich der, weil die Legitimation das Mittel werden sollte, den damals so sehr unter den Römern im Schwange gehenden Concubinat indirect abzuschaffen [98]). Nun aber war aller andere uneheliche Beyschlaf, ausser dem Concubinat, schon an sich gesetzwidrig. Zweytens sollte die Legitimation zugleich eine Wohlthat für den Vater seyn, damit er dadurch die väterliche Gewalt über seine unehelichen Kinder erlangen möchte. Wohlthaten ertheilen nun aber die Gesetze keinem Verbrecher. Aus diesen Gründen waren also die aus einer Blutschande, oder aus einem Ehebruch, oder mit einer geschwächten honetten Weibsperson aus einem Stuprum erzeugten Kinder, nach dem römischen Rechte von der Legitimation ganz ausgeschlossen [99]).

Marcian *L.* 3. §. 1. *D. de concub.* Concubinatus per Leges nomen adsumsit; und Ulpian sagt *L.* 49. §. 4 *D. de legat. III.* inter uxorem et concubinam, nisi dignitate, nihil interesse. S. JORDENS Diss. I. de Legitimat. Cap. III. §. 2. HEINECCIUS in Comm. ad L. Iul et Pap. Popp. Lib. II. c 4. § 4. und *Ge. Zach.* WINCKLER Diss. de genuino concubinatus ex mente Legum Rom. conceptu. *Lipsiae* 1744.

97) §. *fin. I. de nupt. Tot. Tit. Cod. de natural. lib. Nov. LXXXIX. cap. fin.*

98) HEINECCIUS in Comment. ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 4. §. 5.

99) In Absicht auf die Spurios sind zwar verschiedene Rechtsgelehrte anderer Meinung. Voet Comment. ad Pand Tit. de concubinis §. 5. glaubt, daß sie wenigstens per oblationem curiae hätten legitimirt werden können. Allein daraus, daß sie Decuriones werden konnten, läßt sich noch nicht auf die Wirkung der Legitimation schließen, wie auch JORDENS Diss. I. de legitimatione Cap. IV. §. 3. erinnert hat.

Allein nach dem canonischen Rechte, welchem wir heutiges Tages in dieser Materie ohne allen Zweifel den Vorzug geben, können alle Arten von unehelichen Kindern legitimirt werden, auch diejenigen, welche aus einem Stuprum, Fornication, Ehebruch oder Incest gebohren worden sind [100]). Dies hat nun zwar in dem Falle nicht den mindesten Zweifel, wenn die Legitimation ohne Ehe durch ein fürstliches Rescript [1]) geschiehet. Allein desto mehr wird darüber gestritten, wenn die Legitimation durch eine Ehe erfolgen soll. Hier sind angesehene Rechtsgelehrte [2]) der Meinung, daß das canonische Recht die Wohlthat der Legitimation zwar in so fern weiter, als im römischen Rechte geschehen, ausgedehnet habe, daß nicht nur die im Concubinat, sondern auch aus einem Stuprum oder Fornication (spurii et vulgo quaesiti) erzeugten Kinder selbst durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimirt werden könnten [3]). Allein die aus einem Ehebruche oder aus einer Blutschande gebohrnen Kinder habe auch selbst das canonische

100) Man sehe hierüber nach *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. Lib. IV. Tit 17 und in Diss. de legitimat. ex damnato coitu nator. (in *Exercit ad Pandect.* T. I N 20.) *a* PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs 163. VOLKMANN in Diss. de legitimat. partus adulterini per subseq. matrimon. §. 14. sqq. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 592.

1) *cap.* 13. X. *qui filii sint legit.* BERARDUS in Commentar. in Ius Eccles. univ. Tom. III. Diss. VI. Qu 2. pag. 176.

2) S. BERARDUS *c. l.* pag. 175. *Franc.* SARMIENTO Lib. I. selectar. Interpretat. cap. V. n. 10. PEREZ Praelect. ad Codic. tit. de natural. liberis n. 12. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. V. §. 5. pag. 10. u. a. m.

3) *cap.* 1. et 6. *X. qui filii sint legitimi.*

sche Recht von dieser Wohlthat ausdrücklich ausgeschlossen, wenn gleich den Eltern die Ehe wäre erlaubt worden. Unser Verf. scheint ebenfalls dieser Meinung beyzustimmen, wie aus den Noten y und z erhellet. Die Vertheidiger derselben berufen sich auf die bekannte Decretale des Pabsts Alexander III. *cap. 6 X. qui filii sint legitimi*, welche folgendermaßen lautet: Tanta est vis matrimonii, ut, qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit; *licet post mortem uxoris eandem duxerit; nihilominus spurius erit filius*, et ab hereditate repellendus; praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus. Nun spricht zwar dieser Text ganz expressiv gegen die Legitimation der im Ehebruche erzeugten Kinder durch die nachfolgende Ehe der Eltern; allein wir dürfen hierbey nicht aus der Acht lassen, daß die vorliegende päbstliche Entscheidung aus solchen Grundsätzen geflossen sey, welche von den Päbsten der folgenden Zeit wieder abgeändert worden sind. Man unterscheide also die verschiedenen Zeitperioden der päbstlichen Verordnungen von einander, und man wird bemerken, wie behutsam die Päbste bey allmählicher Erweiterung der Wohlthat, uneheliche Kinder durch die Ehe der Eltern legitim zu machen, verfahren, und wie sie in Abänderung der Vorschriften des römischen Rechts nur stuffenweise fortgerückt sind. Es scheint, daß die damalen täglich immer mehr überhand genommenen Mißbräuche des Concubinats endlich auch selbst die Aufmerksamkeit der Päbste rege gemacht haben, um auch ihrer Seits zur Ausrottung desselben dienliche Anstalten zu treffen. Der erste Schritt hierzu, den ihnen die Klugheit rieth, ge-

schahe dadurch, daß sie den Satz aufstellten, Concubinat und Stuprum seyen von einander weiter nicht verschieden. Um nun diesem Satze mehr Publicität zu geben, war es eine nothwendige Folge, nunmehro auch eben dasjenige von den aus einem Stuprum erzeugten Kindern gelten zu lassen, was das römische Recht insonderheit von natürlichen im Concubinat gebohrnen Kindern verordnet hatte. Dies geschahe zuerst vom Pabst Alexander III. indem er die aus einem Stuprum oder Fornication gebohrnen Kinder wegen der Ehe ihrer Eltern für legitim erklärte [4]); und diese neue Wirkung lediglich der Kraft des Ehe-Sacraments zuschrieb [5]). Eine zweyte ganz natürliche Folge aber hiervon war, daß diese Wirkung der Ehelichmachung nur da Statt finden konnte, wo die Ehe selbst unter den Eltern möglich war. Nun war zu den Zeiten des Pabsts Alexander III. die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin sowohl nach den Kirchencanonen [6]), als nach den römischen Gesetzen [7]) noch schlechterdings verboten, am wenigsten aber wurde sie geduldet, wenn der ehebrecherische Gatte gegen den unschuldigen Gatten Lebensnachstellung versucht hatte. Und daß auch Pabst Alexander III. diesen Grundsätzen getreu geblieben, erhellet aus seiner eigenen Ver-

4) *Cap.* 1. *X. qui fil. sint legit.* Man sehe hierüber vorzüglich BERARD a. a. O. S. 174. und folg.

5) In *append. concilii Lateranensis III. Part.* 39. *de anno* 1179. beym Harduin Tom. VI. Concilior. P. 2. pag. 1319. woraus das *cap.* 6. *X. qui fil. sint legit.* genommen ist, heißt es: *tanta est vis sacramenti.*

6) *Can.* 1. *Caus. XXXI. qu.* 1. *c.* 4. *et* 5. *Caus. XXX. qu.* 1.

7) *L.* 27. *Cod. ad L. Iul. de adult. Nov. CXXXIV. c.* 12.

Verordnung im *cap. 1. X. de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium* ganz deutlich. Wie konnte er nun also bey den zu seiner Zeit herrschenden Grundsätzen anders rescribiren, als daß ein im Ehebruch erzeugtes Kind durch die Ehe der Eltern keinesweges legitimiret werden könne, zumal wenn, wie in dem *cap. 6.* noch angeführet wird, der Ehebrecher seiner unschuldigen Ehegattin nach dem Leben gestanden haben sollte? Der Grund der Entscheidung war hier offenbar kein anderer, als weil die Ehe an sich unter den Eltern nicht bestehen konnte [8]). Allein in der Folge ist unter Innocenz III. von jener Strenge der alten Kirchendisciplin etwas nachgelassen, und das ehemalige ganz allgemeine Verbot der Ehe wegen vorher begangenen Ehebruchs nur auf zwey Fälle eingeschränkt worden; nämlich a) wenn der ehebrechende Gatte, noch bey Lebzeiten seines unschuldigen Gatten, dem Mitverbrecher die Ehe versprochen, und b) wenn derselbe seinem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben gestanden hätte [9]) In allen übrigen Fällen hingegen kann nach dem neuern päbstlichen Rechte der untreue Ehegatte seinen Mitverbrecher rechtmäßig heyrathen, ja eine solche Ehe wird in *cap. 6. X. de eo, qui duxit in matrim. quam*

 poll.

8) Dieser Entscheidungsgrund wird auch in der Original-Decretale bey Harduin a. a. O. ausdrücklich beygefügt. Denn da schließt sich diese päbstliche Verordnung mit den Worten: quoniam inter se legitimum matrimonium contrahere non potuerunt; welche aber in dem *cap. 6.* cit. der Gregorianischen Decretalensammlung weggelassen sind.

9) S. *Ios. Val.* EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicorum. T. IV. Lib. II. cap. XIII. §. 362. not. e. pag. 297. u. Schotts Eherecht §. 99.

poll. per adult. ausdrücklich für ein legitimum matrimonium erklärt. Hieraus folgt nun, deucht mir, von selbst, daß in einem solchen Falle, wo die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin den Rechten nach Statt finden kann, auch die im Ehebruch erzeugten Kinder hierdurch legitimiret werden[10]), und dies um so mehr, da die Wirkung der Legitimation in dem oben angeführten *cap.* 6. *X. qui filii sint legit.* der Kraft der Ehe lediglich zugeschrieben wird, denn es würde ja ungereimt seyn, die Ehe selbst unter den Eltern gesetzlich zu erlauben, und ihr doch die Wirkungen abzusprechen. Aus eben den Gründen trage ich auch kein Bedenken, mit Böhmer[11]), Stryk[12]) und mehrern Rechtsgelehrten[13]) zu behaupten, daß nach den canonischen und heutigen Rechten die in Blutschande erzeugten Kinder durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimirt werden können, in sofern nämlich dieselbe durch Dispensation zugelassen werden kann.

§. 142.

10) Eben dies behaupten auch PUFFENDORF Tom. I. Observat. 163. BROKES Observat. for. Obs. LXXVII. *Rud. Christ.* HENNE Diss. de legitimatione liberorum per subsequens matrimonium §. 13. STRYCK in Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 12. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. T. Qu. XV. not. p. und Schott im Eherecht §. 187.

11) Iur. Eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 17. §. 18. und in *Diss.* de legitimatione ex damnato coitu nator. §. 17. sqq. findet man eine Menge von Beyspielen, wo uneheliche Kinder von allerley Art durch die nachfolgende Ehe legitimirt worden sind.

12) Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 13.

13) *Paul. Ios.* a RIEGGER Institution. iurisprud eccles. P. IV. §. 197. Schott im Eherecht §. 187. S. 415. u. a. m.

§. 142.

Erfordernisse einer gültigen Legitimation.

I) Consens der dabey interessirten Personen.

Zur Gültigkeit einer jeden Legitimation wird nun zweyerley erfordert. I) Die Einwilligung der Interessenten; und II) die gesetzlich vorgeschriebene Form. Soviel den ersten Punct betrifft, so müssen wir wieder das römische Recht von dem canonischen und heutigen Rechte unterscheiden. Nach dem römischen Rechte wird sowohl die Einwilligung des Vaters, als der Kinder erfordert. Denn durch die Legitimation erlangen die unehelichen Kinder die Familienrechte der ehelichgebohrnen, mithin auch ein Erbrecht in Ansehung ihres natürlichen Vaters; nun kann man doch diesem wider seinen Willen keinen Erben aufdringen. Allein durch die Legitimation wird auch der Zustand der unehelich gebohrnen in gewisser Rücksicht verschlimmert. Denn sie hören auf sui iuris zu seyn, und kommen in die väterliche Gewalt ihres natürlichen Vaters. Ist es nun, sagt Justinian[14]), den Vätern nicht erlaubt, die Kinder wider ihren Willen aus der väterlichen Gewalt zu entlassen, so kann es auch eben so wenig Recht seyn, sie wider ihren Willen in die väterliche Gewalt zu bringen. Nach dem canonischen und heutigen Rechte aber müssen wir zwischen der vollkommenen und unvollkommenen Legitimation unterscheiden. Zur letztern ist die Einwilligung des Vaters nicht erforder-

14) *Nov LXXXIX. cap.* II. *Io.* MERCERIUS lib. II. Opinionum et Observ. cap. 8. (in OTTONIS *Thesaur. Iur. Rom.* Tom. II. p. 1594.) *Ger.* NOODT in Comment. ad Pand. h. t. p. 27. und JORDENS de legitimatione Diss. II. cap I.

lich, sondern diese kann auch ohne dieselbe auf das blose Ansuchen der Mutter oder des Vormunds oder der Kinder selbst geschehen. Denn sie wird lediglich in der Absicht gesucht, daß der Flecken der Geburt gehoben werde, und das Kind im Staat als legitim passire [15]). Ist im Gegentheil von einer vollkommenen Legitimation die Rede, welche zugleich in der Absicht geschiehet, daß die unehelichen Kinder dadurch die völligen Familienrechte der ehelich gebohrnen erhalten sollen, so kommt es wieder darauf an, ob selbige durch die Ehe der Eltern erfolgt, oder durch ein landesherrliches Rescript bewirkt wird. Im ersten Falle wird heutiges Tages in Gemäßheit des canonischen Rechts die Einwilligung der Kinder nicht für nöthig gehalten [16]). Denn in dem *cap. 6. X. qui filii sint legit.* wird blos der Ehe diese Kraft allein zugeschrieben, daß die vorher ausser derselben erzeugten Kinder hierdurch zu ehelichen Kindern gemacht werden. So wenig nun die Kinder durch ihren Widerspruch die Ehe ihrer Eltern hindern können, eben so wenig

15) *Gabr.* SCHWEDER Diss. de iure liberorum inscio vel non consentiente patre legitimatorum. *Tüb.* 1705. MADIHN in Princip. iuris Rom. P. V. §. 4. am Ende.

16) Eben dieser Meinung sind THOMASIUS in Diss. de usu pract. doctrinae de legitimatione. Cap. II. §. 3. not. d. *I. H.* BOEHMER in Diss. de legitimat. ex damnato coitu nator. §. 26. *Paul Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. Part. IV. §. 198. EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 367. not. c. p. 323. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. IX. not. h. pag. 99. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts 3. Th. §. 142. S. 217. Anderer Meinung ist iedoch IORDENS cit. Diss. II. de legitimatione cap. I. §. 4.

wenig können sie auch die damit gesetzlich verknüpfte Wirkung der Legitimation hintertreiben, zumahl da dieselbe für sie mehr vortheilhaft als nachtheilig ist. Hieraus folgt aber auch zugleich, daß eine ausdrückliche Willenserklärung von Seiten der Eltern, im Betref der Legitimation ihrer unehelichen Kinder, bey Schließung ihrer Ehe nicht erfordert werde[17]). Im letztern Falle hingegen bleibt es bey der Verordnung des römischen Rechts, und wird daher die Einwilligung der Kinder, sie sey nun eine ausdrückliche oder stillschweigende, hierzu auch heutiges Tages erfordert, weil man Wohlthaten niemandem aufzudringen pflegt[18]).

§. 143.

II) Gesetzliche Form der Legitimation.

Soviel hiernächst zweytens die Form der Legitimation anbetrift, so hatten die Römer bekanntlich drey Arten derselben, nämlich die durch nachfolgende Ehe; durch Bestimmung zum Decurio; und durch ein landes-

17) Nach dem römischen Rechte dürfte uns wohl die bey Schliessung einer solchen Ehe, wodurch die schon vorher ausser derselben erzeugten Kinder legitimirt werden sollten, erforderliche confectio instrumentorum dotalium, eines andern belehren; wie VINNIUS in Commentar. ad §. ult. I. de nuptiis und NOODT in Comm. ad Pandect. tit. de his, qui sui vel al. iuris sunt, pag. 27 gezeigt haben. Allein daß diese schriftliche Ehepacten zur Legitimation durch die nachfolgende Ehe heutiges Tages nicht erforderlich sind, wird beym §. 143. bemerkt werden. Man sehe nach VOLKMANN Diss. de legitimat. partus a parent. sed. occultati eiusque adult. per subs. matrimon. §. XII.

18) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 596. nr. III.

landesfürstliches Rescript[19]). Die erste ist von K. Constantin dem Großen eingeführt worden, und geschahe nach dem römischen Rechte dadurch, wenn ein Römer die Concubine auf eine gesetzmäßige Art heyrathete, mit welcher er vorher ausser der Ehe Kinder gezeugt hatte. Vor Justinian setzte dieselbe immer als Bedingung voraus, daß keine ehelichgebohrne Kinder vorhanden waren[20]); sie kam auch nur solchen natürlichen Kindern zu statten, die zur Zeit des neuen Gesetzes schon gebohren waren. In posterum vero sciant omnes, sagt noch Justinians Vorfahrer, Kr. Justin[21]), legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quaerendam, ac si praedicta constitutio lata non esset. Allein Kr. Justinian erweiterte diese Art der Legitimation dergestalt, daß er sie nicht nur als ein beständiges und zu jeder Zeit gültiges Mittel, die väterliche Gewalt zu erwerben, einführte, welches sich auch auf die noch künftig zu erzeugenden natürlichen Kinder erstrecken sollte[22]); sondern auch selbige ohne Unterschied zuließ, wenn gleich aus einer schon vorhergegangenen rechtmäßigen Ehe Kinder vorhanden seyn sollten[23]). In dieser Hinsicht konnte es wohl Justinian mit Grund seiner Constitution zuschreiben, daß natürliche Kinder dadurch in die väterliche Gewalt

19) *Ge. Christ.* GEBAUER Excurs. IV. ad lib. prim. Institut. Iustinian. pag. 263 – 303. hinter seiner *Ordo Institut. Iustinianear.*

20) *L. 5. L. 6. Cod. de natural. liberis.*

21) *L. 7. C. eodem.*

22) *L. 10. et 11. Cod. eod.* GEBAUER cit. Excurs. IV. §. 3. pag. 286.

23) *Nov. XII. cap. 4. et Nov. LXXXIX. cap. 8.*

walt gebracht würden, wenn ihr Vater die Concubine auf eine gesetzmäßige Art heyrathet, mit welcher er diese Kinder gezeugt hat [24]). Ob zu dieser Art der Legitimation schrift-liche

24) §. *fin. I. de nupt.* In dieser Stelle haben jedoch die Worte, die Justinian noch hinzufügt: *Quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit,* den Auslegern beynahe unüberwindliche Schwierigkeiten verursacht. Denn es versteht sich ja von selbst, sagt man, daß die Kinder, die ich mit meiner ehemaligen Concubine nun in rechtmäßiger Ehe zeuge, in meiner väterlichen Gewalt sind, wie kann also Justinian diese Wirkung seiner Constitution zuschreiben? Man hat also hier eine Ungereimtheit zu entdecken vermeint, die anders nicht, als durch Emendation, gehoben werden könnte. Cujaz las daher zuerst: Quod, si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. Nun sey der Sinn folgender. Es solle keine Aenderung der durch die Legitimation einmal erworbenen Rechte machen, wenn gleich nachher in derselbigen Ehe noch mehr Kinder wären gezeugt worden. Diese sollten ihrer ehelichen Geburt halber keinen Vorzug vor jenen haben. So verstand auch Bynkershök lib. II. Observ. iur. Rom. cap. 11. den Justinian, jedoch emendirte er etwas bescheidener. Er lieset nämlich folgendermaßen: quod, ut aliis liberis, qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. Mehrere Emendationen anderer Rechtsgelehrten findet man bey Jordens Diss. I. de legitimatione Cap. VI. §. 18. sqq. pag. 369. sqq. und Gebauer in dem angeführten Excurs. IV. ad Instit. §. 5. pag. 295. sqq. Allein die neuern Ausleger halten wegen der übereinstimmenden Leseart aller Handschriften, und der Auctorität des griechischen Paraphrasten, Theophilus, eine Aenderung im Text theils für unschicklich, theils aber auch für unnöthig. Wie soll aber nun der Schwierigkeit abgeholfen werden? Gebauer a. a. O. §. 6. sagt: *mihi haerere aquam, ingenue fateor,*

liche Ehepacten (instrumenta dotalia) erforderlich gewesen,

teor, et meo suffragio locus inexplicabilis est seponendus. Eben so denkt Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 139. Not. 1. PÜTTMANN Interpretat. et Observ. cap. 15. glaubt hingegen, hier einen abermaligen Beweiß von Justinians bekannter Ruhmsucht zu finden, der hier, so wie mehrmalen, seiner Legislation eine Wirkung zugeschrieben habe, die schon in der Natur der Sache selbst liegt. Allein es läßt sich noch ein anderer Ausweg finden, ohne dem K. Justinian gerade diesen Vorwurf machen zu dürfen, wenn man nämlich bedenkt, daß die Eltern um der vorher gezeugten natürlichen Kinder willen in den Ehestand treten, und also die später gebohrnen ihre eheliche Geburt der eingeführten Legitimation ebenfalls zu verdanken haben. So versteht auch *Io. Bern.* KOEHLER Interpretat. et Emendation. iur Rom Lib. I. cap. 10. diese Stelle, und daß dieses die wahre Meinung des Kaisers sey, erhellet theils aus dem §. 2. *I de hereditat. quae ab intest. defer.* wo Justinian sagt: Iussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere coniugium, et ex ea liberos sustulerit: postea vero, affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, et filios vel filias habuerit: non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, iustos et in potestate patris esse: sed etiam anteriores, *qui et iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt.* Eben so sagt Justinian *L. 10. C. de natur. lib.* Cum enim adfectio prioris sobolis et ad dotalia instrumenta efficienda, et ad posteriorem filiorum edendam progeniem praestiterit occasionem: quomodo non est iniquissimum, ipsam stirpem secundae posteritatis priorem quasi iniustam excludere, *cum gratias agere fratribus suis posteriores debeant, quorum beneficio ipsi sunt iusti filii, et nomen et ordinem consecuti.* Man sieht also hieraus, daß Justinian in der *L. 10. C. de nat. lib.* auf welche Verordnung er ohne Zweifel gezielt hat, nur die ausser der Ehe

sen, ist unter den Rechtsgelehrten streitig [25]). Ich glaube aber, daß nach dem römischen Rechte diese Frage schlechterdings bejahet werden müsse [26]). Denn einmal reden die Gesetze, die dieses vorschreiben, ganz deutlich und übereinstimmend [27]). Sodann hatte dieses auch seinen guten Grund. Denn da die strenge Römische Ehe durch die conventionem in manum, und die mit ihr verbundene Feyerlichkeit nun schon längst ausser Gebrauch war, und statt derselben der Grundsatz galt: consensus facit nuptias [28]); so war freylich ein evidentes Zeichen unumgänglich nöthig, um den Concubinat in eine rechtmäßige Ehe zu verwandeln. Hierzu schickten sich nun die instrumenta dotalia am besten, weil man

Ehe mit einer Concubine gezeugten Kindern den nachher noch in der rechtmäßigen Ehe von ebenderselben gebohrnen Kindern habe gleich machen wollen, damit sich letztere ihrer ehelichen Geburt halber keinen Vorzug vor den erstern anmaßen möchten, da sie dieselbe den unehelichen Kindern und der von Justinian erweiterten Legitimation lediglich zu verdanken hätten.

25) Jordens Diss. II. de legitimatione cap. 3. §. 4. sqq. führt über diese Frage vier verschiedene Meinungen an.

26) S. CUIACIUS Obs. iuris Rom. lib. XIII. cap. 4. SCHULTING in Enarrat. partis pr. Digestor. h. t. §. 9. GEBAUER in Excurs. cit. §. 9. IORDENS Diss. II. de legitimat. cap. 3. §. 15. GUDELINUS de iure novissimo lib. I. cap. 9. Höpfner im Commentar §. 139.

27) *§. ult. I. de nupt. §. 2. I. de hered. quae ab intest. def. L. 5. L. 6. L. 10. et 11. C. de natur. lib. Nov. XII. c. 4. Nov. XVIII. cap. 11. Nov. XIX. Nov. LXXIV. praefat. et §. 1. 2. Nov. LXXVIII. c. 4. Nov. LXXXIX. cap. 1. §. 1. et cap 8. princ.*

28) *L. 30. D. de Reg. iur. L. 22. Cod. de nupt.*

man die dos schon immer als ein ächtes Kennzeichen einer rechtmäßigen Ehe angesehen hatte [29]). Ich kann daher denjenigen Rechtegelehrten [30]), welche behaupten, daß nach dem Röm. Rechte zur Legitimation durch nachfolgende Ehe zwar instrumenta nuptialia, aber nicht gerade dotalia, erforderlich gewesen wären, eben so wenig beystimmen, als denjenigen [31]), welche der Meinung sind, daß jeder andere Beweiß einer eingegangenen rechtmäßigen Ehe hinreichend gewesen sey; deren Meinungen schon Jordens [32]) hinlänglich widerlegt hat. Heutiges Tages finden jedoch in Ansehung der Legitimation durch die nachfolgende Ehe mancherley Abweichungen vom römischen Rechte Statt Denn erstens wird zu dieser Art der Legitimation nach canonischen und heutigen Rechten nicht mehr erfordert, daß man mit der Person gerade im Concubinat gelebt haben müsse, die man ehelichen will, sondern es findet dieselbe heutiges Tages überhaupt Statt, wenn Jemand die Person, mit der er im unehelichen Beyschlaf, es sey im Stuprum, oder Ehe.

29) PLAUTUS in *Trinummo* Act. III. Scen. 2. v. 62. sqq. SUETONIUS in *vita Claudii* c. 26. et 29. Daher wird das Wort *dos* oft für nuptiae in unsern Gesetzen gebraucht. *§ 2. I. de hered. quae ab intest. defer.* Man vergleiche auch HEINECCIUS in Commentar. ad L. Iul. et Pap. Popp. L. II. c. 13. pag. 255. WIESAND in Opuscul. Spec. VI. n. 2. und GEBAUER Exc. IV. §. 4. in fin.

30) *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 27. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 139.

31) VOET Comm. ad Pand. Tit. de concubin. §. 12. HUBER Praelect. ad Tit. Instit. de nupt. §. 19.

32) Diss. II. de legitimatione Cap. III. § 6—8.

Ehebruch, oder Incest Kinder gezeugt hat, auf eine rechtmäßige Art heyrathet. Es muß nur aber eine rechtmäßige Ehe unter den Eltern möglich seyn, und diese wirklich erfolgen[33]). Ist dieses, so kommt auf die Zeit, zu welcher die Ehe geschlossen wird, nichts an, wenn sie auch zur Zeit einer tödlichen Krankheit, ja auf dem Sterbebette erst erfolgen sollte[34]). Denn einmal ist kein entgegenstehendes Gesetz vorhanden; und dann ist es doch auch bey einem tödlich kranken Menschen immer noch zweifelhaft, ob er wirklich sterben werde; in einem solchen zweifelhaften Falle aber muß in Gemäßheit des canonischen Rechts immer eher für als wider die Ehe gesprochen werden[35]); zumal wenn favor liberorum dabey in Betrachtung kommt[36]). Es wird indessen freylich vorausgesetzt, daß der tödlich Kranke noch bey völligem Verstande sey, um seine eheliche Einwilligung erklären zu können[37]). Hiernächst stimmen zweytens darin alle heutige Rechtsgelehrte überein, daß die Errichtung schriftlicher Ehepacten zur Gültigkeit einer Legitimation

33) *Rud. Christ.* HENNE Diss. de legitimatione liberorum per subsequens matrimonium. *Erf.* 1754. §. 10. sqq. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. I. §. 594.

34) IORDENS Diss. II. de legitimat. cap. 5. *Steph.* WACA Diss. de eo, quod iustum est circa matrimonium in articulo mortis contractum. *Regiom.* rec. 1747. BOEHMER Diss. de legitimat. ex damn. coitu nat. §. XXVII.

35) *Cap. fin. X. de sentent. et re iud. cap. 3. in fin. X. qui matr. accus. poss. cap. 4. X. de restitut. in integr.*

36) *L.* 11. *Cod. de natural. lib. cap. 6. X. qui fil. sint legitim.*

37) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11. et EMMINGHAUS ad *Eundem* not. l.

tion durch nachfolgende Ehe heutiges Tages nicht erfordert werde, sondern hierzu die zur Schliessung einer rechtmäßigen Ehe vorgeschriebene kirchliche oder bürgerliche Form genüge [38]). Im Mittelalter gehörte zwar unter die Feyerlichkeiten einer solchen Ehe auch die Gegenwart der Kinder. Die Mutter pflegte sie während der Trauung mit ihrem Mantel zu bedecken, daher die Benennung der Mantelkinder [39]); welche auch vielleicht daher entstanden seyn kann, daß man das Altartuch, oder eine andere zu den Einsegnungen der Eheleute besonders bestimmte Decke, welche palla, oder pallium hieß [40]), über sie mit auszubreiten pflegte [41]). Allein dieser alte Gebrauch ist nach und nach abgekommen, daher heutiges Tages [42]) die Gegenwart der Kinder bey der

38)) LAUTERBACH Diss. de legitimatione per subsequens matrimonium §. 25. BOEHMER cit. Dissertat §. 25. STRYK Us. mod. Pandect. lib. I. Tit. 6. §. 10. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 594.

39) Carl Gottl. Knorrens Nachricht von denen Mantelkindern, (in Desselben rechtlichen Abhandlungen und Gutachten n. I.) GRUPEN de uxore theodisca cap. VI. S. 255. ff. RICCIUS in Spicileg. iuris germ. pag. 458. sqq. Eine andere Benennung solcher legitimirter Kinder, nämlich die der Buchkinder, kommt von der ehemaligen Sitte her, die Kinder bey der Trauung mit unter das Buch zu nehmen. S. HALTAUS Glossar. pag. 191. Grupen von Mantelkindern §. 14. in cit. Tract. S. 287. und Estors teutsche Rechtsgelehrsamkeit 3. Th. §. 871.

40) Die hierher gehörigen Stellen hat DU FRESNE in Glossario P. III. voc. *Palla* und *Pallium* gesammlet.

41) S. *Christ. Gottl.* SCHWARZ Diss. de antiquo ritu legitimandi liberos per pallium. *Altorf.* 1747.

42) HEINECCIUS in Elem. iur. germ. lib. I. §. 158. VOET ad Pand. Tit. de Concubin. §. 12. VOLKMANN cit. Diss. §. XVIII.

der Trauung nicht nothwendig erfordert wird. Ob nicht auch durch nachfolgende Sponsalien eine Legitimation geschehen könne? ist streitig. Mevius[43]) und Hommel[44]) haben dieses zu behaupten gesucht. Ersterer nimmt einen Grund von den sponsalibus de praesenti des canonischen Rechts her. Letzter aber beruft sich auf den Gerichtsgebrauch. Allein Hofacker[45]) und Püttmann[46]) verwerfen diese Meinung mit Recht. Denn die Texte[47]) des canonischen Rechts, welche den sponsalibus de praesenti die Kraft der Ehe beylegen, finden hier keine Anwendung; weil in denselben vorausgesetzt wird, daß gültige Sponsalien vorhergegangen, und der Beyschlaf darauf gefolgt sey. Es ist auch überhaupt die Lehre des canonischen Rechts von den sponsalibus de praesenti durch das neuere Kirchenrecht, sowohl unter Katholicken als Protestanten in Teutschland, aufgehoben worden[48]). Der vorgegebene Gerichtsgebrauch aber ist eben so ungegründet. Ubrigens bemerke ich nur noch, daß die Legitimation durch die nachfolgende

43) Part. II. Decis. 81.

44) Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 706.

45) Princip. iur. civ. Tom. I. §. 594. not. d.

46) Miscellaneor. ad ius pertinentium Cap. IV. *de opinata spuriorum legitimatione per subsecuta sponsalia.*

47) *Cap.* 30. 31. 32. *X. de sponsal. cap.* 12. *X. qui fil. sint legit.*

48) *G. L.* BOEHMER Princip. iuris canonici §. 362. und Hommel selbst in Epitome sacri iuris Cap. LIII. § 35. not a sagt: *rectius dixeris, hodie sponsalia de praesenti nulla superesse, quia ipsum Concilium Tridentinum Sess. XXIV. de reform. cap. I. matrimonium quodvis irritum habet, absente parocho contractum, nec solus amplius consensus nuptias perficit.*

gende Ehe auch alsdann noch gültig geschehen könne, wenn gleich der Vater, ehe er die Mutter des unehelichen Kindes geheyrathet, in der Zwischenzeit mit einer andern Frau in rechtmäßiger Ehe gelebt, und auch mit derselben Kinder gezeugt hätte [49]).

Die zweyte Art der Legitimation, per oblationem curiae, hat den K. Theodosius den Jüngern zum Urheber [50]). Sie bestand darin, wenn ein Römer seinen natürlichen Sohn zum Decurio bestimmte, und ihn daher in das Verzeichniß der Decurionen eintragen ließ; oder seine natürliche Tochter an einen Decurio verheyrathete [51]). *Decuriones* und *Curiales* hießen die Magistratspersonen in den Municipal-Städten der Römer. Diese machten ein besonderes Collegium aus, welches *Curia* genennt wurde. Ihr Amt war so lästig, und mit so vielen Kosten verbunden, daß unter den heidnischen Kaisern der Decurionat oft eine Strafe für Christen wurde [52]). Jedermann scheuete daher die Uebernehmung eines solchen Amts. Man suchte also

49) *Nov. LXXXIX. c. 8. et 9.* VOET Comment. ad Pand. Tit. de concubinis §. 11. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. m. pag. 102. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. IV. Band Medit. 235.

50) *Io.* WUNDERLICH de legitimatione per oblationem curiae liber singularis. *Ienae* 1759.

51) *L. 3. et 4. C. de natur. lib. Nov. LXXXIX. c. 2.*

52) *L. 66. et L. 122. C. Th. de Decurion. L. 1. C. Th. de curs. publ. L. penult. C. de cohort.* S. FORNERIUS Rer. Quotidian. Lib. I. c 28. und *Ev.* OTTO de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. V. §. 5. p. 155. sqq.

alſo die Bürger durch mancherley Privilegien zum Decurionate zu reitzen[53]). Zu dieſen gehörte denn auch die Legitimation durch die Beſtimmung zum Decurio. Da jedoch zum Decurio der Beſitz einer gewiſſen Vermögens-Summe (*cenſus decurionum erat centum millium*[54]) erforderlich war; ſo war es freylich nur auf die reichern und vornehmern Bürger angeſehen, ihre natürlichen Söhne mit dem dazu erforderlichen Theile ihrer Güter der Curie zu widmen[55]). Dieſe Art der Legitimation kennt unſere teutſche Verfaſſung nicht. Denn wenn gleich die Mönche im Mittelalter es verſuchten, ihren Klöſtern das Anſehen himmliſcher Curien zu geben, indem ſie behaupteten, daß ein uneheliches Kind, welches die Eltern dem Kloſterleben gewidmet hätten, hierdurch eben ſo, wie per oblationem curiae, legitimirt werde[56]); ſo ſahen doch ſchon längſt, ſelbſt katholiſche Canoniſten, das Lächerliche dieſer Meinung ein[57]).

53) BRISSONIUS ſelectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 13.

54) PLINIUS Lib. I. Ep. 19. OTTO de Aedilib. coloniar. et municipior. cap. V. §. 3 p. 147.

55) TRECKEL ad *Briſſonii* ſelect. Antiquitat. c. l. und *Guil. Ott.* REITZ Excurſ. XV. ad Theophili Paraphr. Inſtitut. graec. Tom. II. pag. 1207.

56) S. SCHWARZ Diſſ. cit. §. 15 und *Car Ferd.* HOMMEL Iurisprud. numismatib illuſtrata. Monum. LXXXVII. pag 214.

57) COVARRUVIAS de matrim. Part. II Cap. 8. §. 7. n 6. Etwas unhöflich ſchreibt THOMASIUS in Diſſ. de uſu pract. doctr. Inſt. de legitimatione Cap. II. §. 7. not. c. *non niſi inepte monaſteria vocari curias coeleſtes, cum ſint curiae inutilium terrae ponderum.*

Endlich die dritte Art der Legitimation geschiehet durch fürstliches Rescript. Justinian führte dieselbe blos in den Fällen ein, wo die Ehe mit der Concubine nicht möglich war; sie war z. B. schon gestorben, oder sie hatte sich mit einem andern bereits verheyrathet [58]). Es durften auch keine ehelichen Kinder vorhanden seyn, denn diesen hat Justinian in seinen Gesetzen ein vollkommenes Recht beygelegt, daß keine Unehelichgebohrnen zu ihrem Nachtheile völlig legitimirt werden sollen [59]). Desgleichen sollte nur der Vater sich an den Fürsten wenden, und von ihm ein dergleichen Rescript auswirken, nicht die Mutter, auch nicht die unehelichen Kinder, es wäre denn, daß der Vater den Kindern in seinem Testamente befohlen hätte, um die Legitimation beym Fürsten anzuhalten [60]). Dies hieß *legitimatio per testamentum*, und war nichts anders, als eine Art derjenigen Legitimation, die durch ein Fürstliches Rescript geschiehet, indem die Kinder solche nur auf das im Testament von ihrem Vater geschehene Verlangen nachsuchten [61]). Uebrigens verwirft Justinian die Legitimation der unehelichen Kinder durch eine Arrogation nochmahls ausdrücklich, weil er sie für unanständig hält [62]); welches freylich sehr sonderbar ist, da die Legitima-

58) *Nov. LXXIV. c.* 1. 2. *Nov. LXXXIX. cap.* 9. *Mart. Gottl.* PAULI Diss. de Legitimatione per rescriptum principis. *Gedani* 1756.

59) *Novv. citt.*

60) *Nov. LXXIV. cap.* 2.

61) IORDENS Diss I. de legitimat. cap. 8. PÜTTMANN Miscellaneor. ad ius pertinent. cap. 7.

62) *Nov. LXXIV. cap.* 3. et *Nov. LXXXIX. cap.* 11. §. 2.

timation durch Rescript auf das nämliche hinausläuft[63]). Ob nun gleich die Justinianeische Legitimation, wie eben bemerkt worden ist, anders nicht, als unter gewissen Erforderniſſen, geschehen soll; so pflegen gleichwohl unsere Regenten sich an diese Vorschriften des K. Justinians eben nicht genau zu binden[64]). Wie konnte auch Justinian der Ausübung ihrer gesetzgebenden Gewalt Schranken setzen? Daher findet die Legitimation durch Rescript heutiges Tages Statt, wenn es auch gleich möglich wäre, die Person zu heyrathen, mit welcher man die unehelichen Kinder gezeugt hat[65]). Auch wird das Daseyn ehelicher Kinder nicht mehr für ein Hinderniß derselben gehalten[66]). Es kann endlich diese Legitimation nach heutigen Rechten auch von den Kindern selbst, oder deren Vormündern, ohne Einwilligung des Vaters, gesucht werden, in so fern sie nämlich nur in der Absicht geschehen soll, daß die Mackel der unehelichen Geburt hinweggenommen werde[67]). Denn eine vollkommene Wirkung kann ihr freylich ohne die Einwilligung des Vaters nie zugeschrieben werden[68]). Daß der Vater seinen Willen auch noch heutiges

63) BACHOVIUS in Comment. ad Tit. Inst. de nupt. §. ult. und IORDENS Diss. I. de legitimatione Cap. VIII. §. 2.

64) GRIEBNER D. de iure legitimandi Principum Imp. (in *Opusc.* T. I. Sect. I.) STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 15. sqq. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 596. nr. II.

65) THOMASIUS in Diss. de us. pr. doctr. de legitimatione Cap. II. §. 5. STRYK Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 17. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. Part. V. §. 7.

66) THOMASIUS c. l. STRYCK c. l. §. 16. MADIHN c. l.

67) MADIHN c. l. § 4.

68) STRYCK c. l. §. 18.

Tages in seinem Testament erklären könne, hat keinen Zweifel; dahingegen der Umstand, daß ein Vater das von ihm ausser der Ehe erzeugte Kind wie ein eheliches Kind im Hause gehalten und erzogen, auch im Testament zum Erben ernannt habe, den Rechten nach kein modus legitimandi ist, wodurch dasselbe die Rechte eines ehelichen Kindes ohne Fürstliches Rescript erhalten könnte [69].

§. 144.

Von den Wirkungen der Legitimation a) nach römischen Rechten.

Soviel hiernächst die **Wirkungen der Legitimation** nach dem römischen Rechte anbetrifft, so können wir selbige in einer doppelten Rücksicht betrachten, insofern sie sich nämlich theils **auf Seiten des Vaters**, theils **auf Seiten der Kinder** äussern. Die Wirkungen, welche die Legitimation

I) **auf Seiten des Vaters** hervorbringt, bestehen darin, daß derselbe

a) die **väterliche Gewalt** erlangt. War nun gleich selbige unter den christlichen Kaisern sehr eingeschränkt, so blieb sie doch immer noch mit sehr wichtigen Vortheilen verknüpft. Man denke nur an die Rechte des Vaters in Ansehung des Peculiums seiner Kinder.

b) Erhält auch dadurch der Vater ein **neues Erbrecht** in Ansehung der legitimirten Kinder. Denn wenn gleich der Vater den natürlichen Kindern nach dem römischen

69) *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decis. P. II. Cons. LXXXV. n. 20 pag. 403. und **Böhmers** auserlesene Rechtsfälle 2. B. Nr. 128. Qu. 1. S. 270. ff.

schen Rechte auch gewissermaßen succedirt, so ist doch dieses Erbrecht sehr eingeschränkt, und beynahe ganz unbedeutend, wie zu seiner Zeit in der Lehre von der Erbfolge vorkommen wird. Allein den legitimirten Kindern succedirt nun der Vater eben so, wie seinen ehelichen Kindern, ohne Unterschied, die Legitimation mag durch die Ehe oder durch fürstliches Rescript geschehen seyn [70].

II) Auf Seiten der Kinder hingegen äussern sich die Wirkungen der Legitimation nach dem römischen Rechte darin:

a) sie leiden dadurch eine Capitis-Deminution, indem sie der väterlichen Gewalt unterworfen werden, und also aufhören sui iuris zu seyn.

b) Sie erlangen dadurch die Familienrechte in Ansehung ihres natürlichen Vaters. Ob diese auch den Enkeln zu Theil werden, wenn nach dem Tode des natürlichen Sohns, von welchem sie in rechtmäßiger Ehe sind gezeugt worden, der Großvater seine Concubine heyrathet, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Darüber sind alle Rechtsgelehrten einig, daß wenn die Ehe des Großvaters bey Lebzeiten des Sohns erfolgt, der Enkel auch hierdurch in Ansehung seines Großvaters legitim werde. Denn indem desselben Vater dadurch legitimirt wird, und in die väterliche Gewalt kommt, erlangt der Großvater zugleich auch die väterliche Gewalt über den Enkel, und folglich auch dieser die Familienrechte in Ansehung seines Großvaters [71]. Allein dieses Mittel fällt nun freylich weg, wenn

70) KOCH Success. ab intestato civ. §. 53. et §. 54.

71) Arg. §. 11. *I. de adopt.*

der Vater des Enkels vor dem Großvater gestorben ist. Daher läugnen mehrere Rechtsgelehrten[72]), daß die Ehe des Großvaters in Absicht auf den Enkel die Wirkung der Legitimation habe, weil sich diese nur eigentlich auf die natürlichen Kinder des Vaters erstreckt, der die Ehe mit seiner Beyschläferin schließt[73]). Indessen sind doch die meisten Rechtsgelehrten[74]) aus folgenden Gründen der bejahenden Meinung: a) weil die Wirkung der erfolgten Ehe immer auf die Zeit der Conception oder wenigstens der Geburt des natürlichen Sohns zu retrotrahiren sey, b) der Enkel an die Stelle seines patris praedefuncti trete, und überhaupt c) der Ausdruck *liberi* in den Röm. Gesetzen auch *nepotes* unter sich begreiffe[75]); wogegen sich nun aber freylich, wie Jordens[76]) sehr ausführlich gezeigt hat, noch

72) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. 2. Th. 7. Lit. A. VINNIUS Commentar. ad §. ult. I. de nupt. *Ge.* IORDENS Disp. II. de legitimatione Cap. IV. §. 4. et 5. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diss. de legitimatione per subsequens matrimonium. §. 31.

73) *§. 13. I. de nupt. L. 5. L. 7. et L. 10. Cod. de natur. lib.*

74) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digestor. h. t. §. 10. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. ult. PEREZ Praelect. ad Cod. Tit. de natural. lib. nr. 17. VOET Comm. ad Pand. Tit. de concubin. §. 7. STRUV Syntagm. iur. h. t. Th. 50. *Io. Ortw.* WESTENBERG Differtat. II. de portione legitima. Cap. II. §. 21. et 22. (*Operum* a *Io. Henr.* IUNGIO *editor.* Tom. I. pag. 22. sq.) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 13. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. I. Memb. II. Cap. II. §. 2.

75) *L. 84. L. 201. et 220. D. de Verb. Signif.*

76) a. a. O. §. 5.

noch vieles einwenden läßt. Daß übrigens die legitimirten Kinder auch den Adel des Vaters erhalten, ist nach dem römischen Rechte wenigstens nicht zu bezweifeln. Denn Justinian [77]) will schlechterdings, daß die legitimirten Kinder von den ehelichgebohrnen in gar nichts unterschieden seyn sollen. Allein desto mehrern Zweifeln ist die Sache nach dem heutigen Rechte unterworfen. Zwar behauptet Riccius [78]), daß, wenn beyde Eltern von Adel wären, und diese hernach einander ehelichten, das von denselben ausser der Ehe erzeugte Kind vermöge des erfolgten Eheverbündnisses ebenfalls für ächt adelich gehalten werden müsse; und aus einem von Moser [79]) angeführten Reichs-Hofraths-Concluso in Sachen von Künsperg contra Wohsern siehet man, daß auch der Reichshofrath für die Ebenbürtigkeit der durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder in possessorio gesprochen habe. Allein neuere Rechtsgelehrte [80]) widersprechen dieser Meinung aus so wichtigen Gründen, daß ich diesen beyzutreten kein Bedenken finde. Denn nach teutschen Rechten kann der Adel nur auf zweyerley Art erwor-

77) *Nov. LXXXIX. cap. 9.* verb. ut sub potestate eius consistant, *nihil a legitimis filiis differentes.* IORDENS Diss. I. Cap. V. §. 4.

78) vom landläßigen Adel in Deutschland II. Th. Cap. II. §. 8. S. 289.

79) Einleitung zu dem Reichs-Hofraths-Proceß 3. Th. 3. Cap. §. 13. S. 271.

80) *Io. Ge.* CRAMER Tr. de iuribus ac praerogativis nobilitatis avitae eiusque probatione Cap. IV. §. 2. *Henr. God.* BAUER Diss. legitimationem per subsequens matrimonium nobilitatem germanorum iure non restaurare. *Lipsiae* 1776. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 340. et 597. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 369.

worben werden; entweder durch eheliche Geburt, wenn Kinder von einem adelichen Vater in rechtmäßiger Ehe sind erzeugt worden[81]), oder durch einen Adelsbrief. Die Fiction, als ob das ausser der Ehe gebohrne, und durch nachfolgende Ehe legitimirte Kind, während derselben erzeugt worden, ist weder in den Gesetzen gegründet, noch von den Teutschen angenommen[82]). Soviel ist gewiß, daß die Legitimation durch Rescript nie die Absicht habe, solchen Kindern die Ebenbürtigkeit zu ertheilen[83]).

c) Erhalten auch legitimirte Kinder nach dem römischen Rechte ein Erbrecht, vermöge dessen sie nicht nur dem Vater, wie ehelich gebohrne Kinder, sondern auch den väterlichen Anverwandten, als rechtmäßige Blutsfreunde, succediren, wenn auch gleich diese in die Legitimation nicht ausdrücklich eingewilliget haben[84]). Nur bey den curiae obla-

81) Sächs. Lehnrecht cap. XXI. der Sohn behält des Vaters Schild und Adel zu Lehnrecht, so fern er ehelich gebohren ist; Sächs. Landrecht. 3. B. Art. LXXII. Das ehelich und freygebohrne Kind behält seines Vaters Heerschild.

82) Nach dem allgemeinen Preuß. Landrechte 2. Th. 9. Tit. §. 5. wird jedoch das von einem adelichen Vater ausser der Ehe erzeugte Kind, durch gesetzmäßige Vollziehung einer Ehe zur rechten Hand mit der Mutter, des Adelstandes theilhaftig.

83) *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 4. Runde a. a. O. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 4. Band §. 369 *Io. Frid. Christ.* HESSE Comment. de liberorum legitimatione an et quatenus nobilitatem conferat. *Goett.* 1792.

84) *Nov. XII. cap.* 4. *Nov. LXXXIX. cap.* 8. *pr. cap.* 9. §. 1. et *cap.* 11. §. 2. VOET. ad Pand. Lib. XXXVII. Tit. 17. §. 21.

oblatis machte Justinian eine Ausnahme. Diese sollten nur ihrem Vater, nicht aber den übrigen väterlichen Anverwandten succediren [85]). Daß Kinder, welche durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimirt worden, auch heutiger Tages so gut als ehelich gebohrne succediren, ist ausser Zweifel [86]). Eben so gewiß ist es auch, daß die vom Vater durch ein landesherrliches Rescript ausgewirkte Legitimation den legitimirten Kindern ein vollkommenes Erbrecht in dem Falle mittheile, da keine ehelichen Kinder vorhanden, oder doch solche erst nach geschehener Legitimation gebohren worden sind [87]). Sehr streitig ist hingegen die Frage, ob der Regent durch sein Rescript auch dann *ad effectum successionis* legitimiren könne, wenn zur Zeit der verlangten Legitimation bereits eheliche Kinder vorhanden sind? Es giebt hierüber vier verschiedene Meinungen. Einige legen einer solchen landesherrlichen Legitimation die vollkommenste Wirkung

§. 21. *Fr.* BALDUINUS Comm. ad Institut. Lib. III. Tit. I. p. 409. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I §. 597. not. d. KIND Quaestion. for. Tom. III. Cap. 4. und *Gottl.* WERNSDORFF Diss. de dubio legitimatorum per rescriptum principis iure in Germania. *Vitemb.* 1791. §. 16.

85) *L.* 9. *Cod. de nat. lib.* et *Nov. LXXXIX. cap.* 4. Ein gleiches will *Ger.* NOODT in Comm. ad Pandect. h. t. pag. 27. in fin auch von solchen Kindern behaupten, welche per rescriptum principis legitimirt worden sind. Allein die *Nov. LXXXIX. cap.* 8. *pr. cap.* 9. §. 1. und *cap.* 11. §. 2. widerlegen diese Meinung hinlänglich. Man sehe WERNSDORFF cit. Diss. §. 16.

86) KOCH de successione ab intest. civ. §. 28.

87) KOCH c. l. §. 2[illegible]. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. IV. theoriam de iure hereditario cont. §. 61. pag. 48.

kung bey[88]). Andere behaupten, daß in dem vorliegenden Falle den ehelichgebohrnen Kindern der Pflichttheil zum voraus gebühre[89]). Noch andere halten zwar diesen Vorzug der ehelichen Kinder für ungegründet, inzwischen dürften doch letztere durch eine solche Vermehrung der Anzahl der Kinder an ihrem Pflichttheile nicht verkürzt werden[90]). Endlich giebt es Rechtsgelehrten, welche der Meinung sind, daß die legitimirten Kinder in dem bemerkten Falle gar kein Erbrecht erhielten[91]). Diese letztere Meinung ist nun zwar wohl nach dem römischen Rechte unstreitig die richtigste. Denn nach der ausdrücklichen Verordnung des Kaisers Justinian[92]) soll überhaupt gar keine Legitimation durch fürstliches Rescript in dem Falle zuläßig seyn, wenn eheliche Kinder vorhanden sind; gewiß aus keiner andern Absicht, als damit denselben durch Concurrenz der legitimirten Kinder ihr künftiges Erbrecht nicht geschmälert werden möge. Hieraus folgt von selbst, daß wenn dergleichen Legitimation dem-

88) *Ge. Henr.* AYRER Diss. de rescripto legitimationis Principis, plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi extent. *Goett.* 1748. KOCH de Succ. ab intestato §. 29.

89) Dies ist die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, welche auch *Ge. Sam.* MADIHN in Diss. de legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis, *Halae* 1755. vertheidiget.

90) Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts 3. Th. S. 250. HOFACKER c. l. §. 597. not. e.

91) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 241. §. 6. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 688. EISENHART in Diss. cit. de legitimat. lib. illeg. Cap. III. §. 17.

92) *Nov. LXXXIX. cap.* 8.

demohngeachtet geschehen, solche den legitimirten Kindern zum Nachtheil der schon zur Zeit der geschehenen Legitimation vorhanden gewesenen ehelichen Kinder kein Erbrecht verschaffen könne. Allein die Frage ist nur, ob dies auch bey uns noch Statt finden könne?

Man muß, dünkt mich, hier zwey Fragen unterscheiden. Erstlich: was im Zweifel zu vermuthen sey, daß der Regent gewollt habe? Zweytens: ob sich die Gewalt des Regenten soweit erstrecke, uneheliche Kinder auf des Vaters Verlangen völlig und *ad effectum successionis* zu legitimiren, ohngeachtet eheliche Kinder vorhanden sind? Soviel die erste Frage anbetrifft, so glaube ich, man müsse im Zweifel immer vermuthen, daß der Regent dasjenige gewollt habe, was dem gemeinen Rechte am gemäßesten ist. Hat daher der Vater den Umstand, daß eheliche Kinder vorhanden sind, in seiner Supplic verschwiegen, so daß die von demselben ausgewirkte Legitimation unter der Clausel: ohngeachtet eheliche Kinder vorhanden sind (non obstantibus liberis legitimis), nicht ertheilet worden ist, so ist das Rescript für erschlichen zu halten, und kann den ehelichen Kindern um so weniger präjudiciren, je bekannter es ist, daß Privilegien ohne Nachtheil des Rechts eines Dritten verstanden werden müssen [93]. Die zweyte Frage anlangend, so lassen sich für die bejahende Meinung folgende Gründe anführen. Erstens, ist es ausser allem Zweifel, daß ein Regent heutiges Tages uneheliche Kinder durch sein Rescript legitimiren könne, es mögen eheliche Kin-

93) GAILL pract. observat. Lib. II. Obs. 142. n. 10. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 16. fin.

Kinder vorhanden seyn, oder nicht [94]). Warum sollte nun der Regent nicht befugt seyn, seinem Rescript eben die Wirkung beyzulegen, die Justinian der Ehe beygelegt hat? Man wende nicht ein, daß nach dem Gesetz des Justinians der landesherrlichen Ehelichmachung keine vollkommene Wirkung zugeschrieben werden dürfe, wenn zur Zeit der verlangten Legitimation schon eheliche Kinder vorhanden gewesen sind. Denn wie konnte Justinian der gesetzgebenden Gewalt unserer Regenten Schranken setzen [95])? Zweytens haben eheliche Kinder eigentlich nur ein ius quaesitum auf den Pflichttheil; dieser darf ihnen weder entzogen noch geschmälert werden. Das übrige Vermögen kann der Vater zuwenden, wem er will. Hat nun gleich Justinian dem Vater, wenn er zugleich ehelichgebohrne Kinder hat, seinen natürlichen Kindern mehr, als ein Zwölftheil, zu hinterlassen nicht erlaubt [96]); so bindet doch diese gesetzliche Vorschrift keinesweges unsere Landesherren, daß sie nun eben des-

94) MADIHN Princip. iur. Rom. P. V. §. 5. not. a.

95) Sehr richtig schreibt Herr Appell. Rath KIND in Quaest. for. T. III. cap. 3. p. 37. *Principes Germaniae, quando gratiam legitimationis per rescriptum faciunt, hoc ius exercent non tam vi constitutionis Iustinianeae, quam potius vi propria summae potestatis, qua gaudent. Dudum explosus est opinionis error, quo plures decepti iura supremae potestatis Principibus Germaniae competentia ex modulo iuris Romani metiuntur. Principes Germaniae in eiusmodi causis, utut iure Romano definitis, iure proprio utuntur, nec legibus Romanis adstricti sunt.* Man sehe auch Hn. Hofr. Hartlebens allgemeine Bibliothek der neuesten jurist. Litteratur. 2. Bandes 1. St. für das Jahr 1786. (Mainz u. Frankf. 1788. 8.) S. 220.

96) *Nov. LXXXIX. cap.* 12. §. 2.

deswegen solche uneheliche Kinder auch nicht vollkommen legitimiren dürften, zumahl da unsere heutige Rechtsgelehrten überhaupt noch daran zweifeln, ob jene Vorschrift bey uns, selbst auf Seiten des Vaters, annoch gelten könne [97]. Es läßt sich also nach dem heutigen Rechte wohl rechtfertigen, wenn unser Verf. sagt: *his* (sc. liberis legitimis) *vero extantibus, non succedunt legitimati per rescriptum, nisi pater id voluerit, et princeps diserte iusserit*, nur setze man hinzu: modo liberis iam natis legitima salva maneat.

§. 145.

b) Wirkungen der Legitimation nach teutschen Rechten.

Ausser den angeführten Wirkungen hat die Legitimation auf Seiten der unehelichen Kinder in Teutschland auch noch die Wirkung, daß sie durch die Ehelichmachung von aller Anrüchtigkeit, die ihnen von ihrer unehelichen Geburt anklebt, befreyet werden, und daher der Regel nach auf alle bürgerlichen Rechte im Staat Anspruch machen können. Diese Wirkung konnte bey den Römern darum nicht Statt finden, weil uneheliche Kinder der bürgerlichen Rechte bey ihnen an sich schon nicht verlustig waren (§. 116) [98]. Allein die Teutschen dachten hierin anders. Sie hielten dafür, daß die uneheliche Geburt einen Schandfleck mache, und

97) S. HOMMEL Rhapsod. quaestion. forens. Vol. II. Obs. 375. pa 32. und *Ge. Steph.* WIESAND Opuscul. pag. 274. not. m.

98) [illegible] ITMANN Probabil. iur. civ. Lib. II. cap. 16.

und daher ein uneheliches Kind eine Art von Verachtung und Geringschätzung verdiene, weshalb es unwürdig sey, in Zünfte, Handwerke und andere ehrliche Collegien aufgenommen zu werden. Um diesen Flecken der unehelichen Geburt zu tilgen, haben daher die Teutschen eine eigene Art der Legitimation eingeführt, welche sonst weiter keine Rechte, also weder dem Vater die väterliche Gewalt, noch dem legitimirten Kinde die Familienrechte giebt, sondern dasselbe nur blos in Absicht auf den Staat zur Erlangung bürgerlicher Rechte fähig macht. Man nennt daher diese Art der Legitimation die teutsche, oder unvollkommene, zum Unterschiede der römischen, oder vollkommenen, welche den legitimirten Kindern alle Rechte der ehelichgebohrnen mittheilt. Wir bemerken dabey, daß diejenige Legitimation, welche durch die Ehe geschiehet, ihrer Natur nach allemal eine vollkommene ist, dahingegen diejenige, welche durch ein fürstliches Rescript heutiges Tages bewirkt wird, entweder eine vollkommene, oder eine unvollkommene seyn kann. Es mögen jedoch uneheliche Kinder durch nachfolgende Ehe, oder durch Landesherrliches Rescript seyn legitimirt worden, so ist in dem einen, wie in dem andern Falle, die Wirkung immer diese, daß sie nicht nur, den ehelichen gleich, verlangen können, in Innungen, Handwerke und andere Gesellschaften aufgenommen zu werden[99]), sondern auch fähig sind, zu öffentlichen Ehrenstellen und Würden zu gelangen, sofern nicht etwa vermöge besonderer Gesetze eine rechtmäßige und eheliche Geburt ausdrücklich erfordert wird, wie

z. B.

99) Reichsschluß vom J. 1731. von Abstellung der Handwerksmißbräuche §. 11.

z. B. zu Beysitzerstellen bey dem Cammergericht [100]), zu denen Legitimirte nicht admittiret werden [1]).

§. 146.

Ausschließung der Legitimirten von gewissen Rechten.

Wenn nun aber gleich vollkommen legitimirte Kinder durch die Legitimation die nach gemeinen Rechten mit der rechtmäßigen Geburt verknüpften Vortheile erhalten, so können sie doch auf keines derjenigen Vorrechte Anspruch machen, deren Genuß von einer rechtmäßigen Geburt abhängt, und welche sich auf besondere Verordnungen und Einrichtungen gründen, in sofern nämlich eheliche Competenten vorhanden sind, welche schon vor geschehener Legitimation, und gleich mit ihrer Geburt ein Recht darauf erworben haben. Denn da niemandem sein wohlerworbenes Recht entzogen werden kann, so muß auch die Legitimation immer salvo iure tertii quaesito verstanden werden. Hieraus folgt,

1) daß legitimirte Kinder nicht in Lehen succediren. In dem bekannten Text des longobardischen Lehnrechts *II. F.* 26. §. 11. werden dieselben ausdrücklich von der

 Lehn-

100) Cammergerichtsordnung P. I. Tit. 3. §. 1. Reichshofrathsordn. Tit. I. §. 3.

1) Anderer Meinung sind zwar *Mich. Godfr.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Digest. h. t. §. 14. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts Th. III. S. 245. lit. β); allein ihre Gründe überzeugen nicht. Man sehe EISENHART Diss. cit. §. XIV. auch MYNSINGER Obs. Cameral. Cent. IV. Obs. 31. BLUM Proc. Cam. Tit. VII. n. 31.

Lehnfolge ausgeschlossen: Naturales filii, heißt es daselbst, *licet postea fiant legitimi*, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur. Nun wird zwar dieser Text von den Rechtsgelehrten auf mancherley Art limitirt, indem einige denselben nur von solchen, die erst nach dem Anfall der Succeßion legitimirt worden, verstehen wollen; Andere hingegen zwischen Unehelichgebohrnen, die durch nachfolgende Ehe, und denen, welche durch ein Rescript legitimirt worden sind, einen Unterschied machen, und jenen Text nur auf die letztern einschränken, erstere hingegen für Lehnssucceßionsfähig halten [2]). Allein weder der Zusammenhang des Textes, und die Allgemeinheit der darin gebrauchten Ausdrücke, noch die Natur der Lehen, vermöge welcher nur diejenigen, welche von dem ersten Erwerber des Lehns durch Mannspersonen im Wege einer ordentlichen Ehe abstammen, ein gegründetes Recht haben, in der gehörigen Ordnung in dasselbe zu succediren, erlaubt hier eine dergleichen einschränkende Erklärung [3]). Die weitere Erörterung dieser Streitfrage gehört nicht hierher.

2) Er-

2) Die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten nebst einer Prüfung derselben findet man in Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 3. Th. S. 260—281. und Schnauberts Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 2. Fortsetzung. (Braunschweig 1788. 4.) S. 382—387.

3) Dieser Meinung sind auch *Io. God.* BAUER in Diss. de successione legitimatorum per nuptias exule in feudis. *Lipsiae* 1734. *Ge. Henr.* AYRER Pr. de exclusione legitimatorum a successione feudali. *Goetting.* 1755. *Io. Ge.* ESTOR Diss. de generato extra nuptias cum equestri vel plebeia, matrimonio licet ante partum vel coniugio post illum secuto, in feudis nec iure germanico nec longobardico succedente. *Marb.* 1771. Schorcht von der Un-

2) Erlangen legitimirte Kinder das Recht der Erstgeburt nicht, wenn der Vater zur Zeit der Legitimation schon eheliche Kinder hatte [4]).

3) Können auch legitimirte Kinder nicht in Familienfideicommisse succediren [5]). Doch findet hier, so wie auch bey Lehen, alsdann unstreitig eine Ausnahme Statt, wenn diejenigen, denen durch Zulassung der legitimirten Kinder ein Nachtheil erwächst, in die Succession derselben willigen.

4) Sie sind nicht stiftsfähig [6]), und auch von der Succession in die teutschen Reichslande ausgeschlossen [7]).

Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnfolge. Jena 1780. PUFFENDORF Obs. iur. univ. Tom. I. Obs 90. Struben rechtl. Bed. III. Th. Bed. 53. PÜTTMANN Observat iur. feud. cap. 22. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. XVII. not. u. Nach dem neuen Preußischen Landrechte 1. Th. 18. Tit. §. 361. sind jedoch diejenigen unehelichen Kinder, welche durch die nachher von ihren Eltern gültig vollzogene Ehe zur rechten Hand legitimirt worden sind, von der Lehnssuccession nicht ausgeschlossen.

4) GAIL Lib. II. Obs. 141. LEYSER Spec. XIX. med. 3. WERNHER lectiss. Commentat. ad Dig. P. I. h. t. §. 11. GAERTNER in Meditat. practic. Specim. I. medit. 63. pag. 94. Anderer Meinung sind zwar *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. XIV. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. o. und WALCH Introduct. in in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 1. Allein der Grund, den sie von der zurückwirkenden Kraft der Legitimation hernehmen, ist schon oben widerlegt worden.

5) KNIPSCHILD de fideicommiss. fam. cap. VIII. n. 350.

6) *de* CRAMER de iuribus et praerogativis nobilitatis avitae Cap. IV. §. 2.

7) *Io. Steph.* PÜTTER Primae lineae iuris privati Principum spec. Germaniae Lib. I. cap. III. §. 27.

Einige Rechtsgelehrten wollen die Legitimirten auch von dem Anspruche auf **Familienstipendien** ausschliessen, so lange ehelichgebohrne Agnaten, die genußfähig, vorhanden sind, es wäre denn, daß diejenigen, die eigentlich ein Recht auf solche Stipendien haben, es geschehen lassen wollten, daß den Legitimirten dieselben ebenfalls zu Theil würden [8]. Allein Stipendien gehören zu den milden Stiftungen [9], denn sie sind zum Nutzen der Studirenden bestimmt, um ihnen die Studirkosten zu erleichtern. Nun sind milde Stiftungen so zu erklären, daß niemand ohne erhebliche Ursache davon ausgeschlossen werde [10]. Mithin, wer zu der Familie des Stifters gehört, ist berechtigt, auf das für dieselbe gestiftete Stipendium Anspruch zu machen. Vollkommen legitimirte erhalten aber die Familienrechte. Zudem wird das Wort **Familie** bey Stipendien in einem so weiten Umfange genommen, daß auch Verwandte von Seiten der Töchter darunter begriffen werden [11]. Agnaten haben also bey Familienstipendien keinen Vorzug [12]. Sie können folglich auch die legitimirten Kinder hiervon nicht ausschliessen, da nicht zu erweisen ist, daß das Recht auf

8) **Eichmann** in den angef. Erklärungen S. 282. f.

9) *Ern. Godofr. Christ.* KLÜGEL Diss. de extensis piarum causarum privilegiis. (*Vitemb.* 1761. 4.) §. XII. pag. 19.

10) arg. *L* 12. *D de R. I.* Joh. Christ. **Siebenkees** Abhandl. von Stipendien und den Rechten derselben (**Nürnberg** 1786.) §. 7. S. 11.

11) COCCEJI Consil. T. II. Resp. 444. n. 1. BOEHMER Consult. T. I. Resp. 196. **Siebenkees** a. a. O. §. 56. S. 83.

12) *Io. Christ.* CLAPROTH Diatr. de stipendiis familiae. §. 49. (rec. Gottingae 1770. 4.)

auf Familienstipendien seinen Grund in einem Vorrechte der rechtmäßigen Geburt habe [13]).

§. 147.

Wer hat das Recht, durch Rescripte zu legitimiren?

Da die Legitimation durch Rescript eine Art von Privilegien ist; so muß sie in der Regel bey dem Regenten selbst gesucht werden, insofern nicht derselbe etwa auch andern Personen oder gewissen Collegien die Ausübung dieses Hoheitsrechts übertragen hat. In Teutschland stehet das Recht, durch Rescripte zu legitimiren, sowohl dem Kaiser, als den Landesherren zu.

Die teutschen Kaiser haben sich dieses Rechts, vermuthlich nach dem Beyspiel der römischen Kaiser und Päbste [14]), schon seit dem XIII Jahrhundert bedient. Aus diesem Jahrhundert ist wenigstens das älteste bis jetzt bekannte Beyspiel vom K. Friedrich II. welcher die beyden Söhne der Gräfin Margarethe von Flandern, Johann und Balduin, die sie mit einem Canonikus Burchard von Avesnis gezeugt hatte, im Jahr 1243. durch ein Rescript legitimirte [15]). In der Folge ertheilten sie dieses Recht auch

 den

13) CLAPROTH cit. Diatr. §. 46. Siebenkees in der angef. Abhandlung §. 57.

14) Innocenz III. eignet den Päbsten das Recht zu legitimiren sowohl in spiritualibus als secularibus zu, *cap.* 13. X. *qui filii sint legit.*

15) S. *Edmundi* MARTENE et *Ursini* DURANDI Thesaur. nov. anecdotor. T. I. pag. 1021. sqq. und RICCIUS in Spicileg. iur. germ. pag. 464.

den Hofpfalzgrafen[16]). Daher pflegt heutiges Tags der Kaiser dieses Hoheitsrecht auf eine doppelte Art auszuüben, entweder selbst und unmittelbar, oder durch die sogenannten kaiserlichen Hofpfalzgrafen. Bey unehelichen Kindern der Reichsunmittelbaren übt nämlich der Kaiser dieses Recht allein aus, und er pflegt sich dasselbe in den hofpfalzgräflichen Diplomen ausdrücklich vorzubehalten[17]). Ein merkwürdiges Beyspiel, aber nicht das neueste, ist,

16) Diese Hofpfalzgrafen sind öffentliche, physische oder moralische, Personen, denen vermöge ausdrücklicher Concession des Kaisers oder der Reichsvikarien das Recht zustehet, gewisse in ihrem Diplom benannte kaiserliche Gerechtsame auszuüben. Den Ursprung derselben sucht man vergeblich bey den Römern. Denn die Ueberschrift des Tit. 34. lib. I. Cod. *de officio comitis sacri palatii* ist falsch, und die unter demselben Titel befindlichen Gesetze gehören zu dem nächstvorhergehenden *de officio comitis rerum privatarum*, wo sie auch in Haloanders Ausgabe stehen. Der Ursprung derselben ist vielmehr bey den Franken zu finden. Sie waren bey diesen die obersten Beamten in den königlichen Pfalzen, und daher hießen sie *palatini*. Die Teutschen ahmten hierin den Franken nach, und bestellten ebenfalls Pfalzgrafen des kaiserlichen Hofs oder Pallastes. Durch die Ausbildung der Landeshoheit fiel das Ansehen dieser kaiserlichen Richter. An ihre Stelle traten die jetzigen Hofpfalzgrafen, die nur einen Schatten von den Rechten jener ältern und eigentlichen besitzen, nämlich nur so viel, als dem Kaiser übrig geblieben ist, und dieser ihnen ausdrücklich ertheilt hat. S. *Chr.* CRUSII Prol. de antiquit. comitum palatinor. (in Opusc. a KLOTZIO *Altenburgii* 1765. edit. n. XII.) und *Christ. Gottl.* RICHTER Specimen Observation. de comitibus palatinis Franciae et Germaniae. *Lipsiae* 1790.

17) Beyspiele findet man beym PFEFFINGER in Vitriario illustrato T. III. p. 110. sqq. Von der Legitimation der personarum illu-

ist, da K. Ferdinand III. 1654. den vom Grafen Anton von Oldenburg mit dem Fräulein von Ungnad erzeugten Sohn legitimiret, und zum Grafen von Oldenburg erhoben hat[18]). Allein noch neuere Beyspiele solcher kaiserlicher Legitimationen von den Jahren 1715, 1716, und 1718, geben die Herren von Künsberg, von Greß, und Graf von Sayn und Witgenstein[19]). Der Kaiser übt nun dieses Hoheitsrecht heutiges Tages theils durch die Reichshofcanzley, theils durch den, auch für Gnadensachen vorzüglich bestellten, Reichshofrath[20]) aus. Die auf solche Art bey dem Kaiser selbst ausgewirkte Legitimation behauptet ihre Gültigkeit überall in ganz Teutschland. Bey den kaiserlichen Pfalzgrafen kommt alles auf ihre Comitiv an[21]). Diese bestimmt den Umfang ihrer Befugnisse auch in Ansehung der Legitimation unehelicher Kinder. Da nun hier von der Ausübung eines Hoheitsrechts die Rede ist, so kann in Gemäßheit unserer schon bey anderer Gelegen-

 heit

illustrium handelt die neueste Wahlcapitulation Art. 22.

18) PFEFFINGER c. l. Die kaiserliche Legitimationsurkunde für den Sohn des Grafen von Oldenburg findet sich nun abgedruckt hinter CRAMER Tr. de iuribus et praerogativis nobilitatis avitae pag. 197. sq.

19) S. Moser in der Sammlung merkw. Reichs-Hofr. Conclusor. T. I. p. 286. T. II. p. 714. T. IV. p. 426.

20) Herr von Selchow Einleitung in den Reichshofraths-Proceß S. 133. Das Cammergericht darf sich hierunter keiner Concurrenz anmaßen. TAFINGER Institut. iurispr. cam. §. 587.

21) GRIBNER Diss. de iure legitimandi comitum palatinorum in terris principum imperii (in *Opusc.* T. I. Sect. 2.)

heit deßhalb geäusserten Grundsätze [22]) in einem zweifelhaften Falle keine andere, als eine einschränkende Erklärung Statt finden. Daher geben die hofpfalzgräflichen Legitimationen der Regel nach nur bürgerliche, nicht aber Familien- oder Erbfolgsrechte; wenn nicht das Recht, vollkommen zu legitimiren, aus der Comitiv deutlich erhellet [23]). Allein auch in diesem Falle wird man den hofpfalzgräflichen Legitimationen die Wirkung der Erbfolge ohne landesherrliche Einwilligung nicht beylegen können [24]). Denn die Landesherren können unmöglich Eingriffe der Pfalzgrafen in ihre Rechte zugeben, woraus nicht nur vielfältig Nachtheil für andere Personen, sondern auch für die Landesherren selbst entstehet [25]). Kein Wunder, wenn daher in einigen Ländern, z. B. in Kursachsen, den Pfalzgrafen das Recht zu legitimiren, gar nicht gestattet wird [26]). Hieraus folgt aber weiter, daß wenn auch in einem Lande die hofpfalzgräflichen Legitimationen zugelassen werden, dieselben dennoch, da ihr Endzweck ohnehin nur der bürgerliche gute Ruf

22) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 99.

23) GAIL lib. II. obs. 142. BERGER Oeconom. iur. Lib. I. Tit. 3. §. 13. *de* LUDOLF Observationes for. T. III. Obs. 263. und Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 2. Band Nr. LXVII. S. 224.

24) *a* PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 241. §. 12. WOLTAER Observat. iur. civ. et Brandenb. Fascic. I. Obs. 11.

25) S. Püttmanns Progr. de potestate comitum palatinorum valde restricta. (In *Adversar. iur. univ.* Lib. III. c. 4.) und Pütters Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 1. Th. N. XIII. S. 214. f.

26) Kursächs. Rescript vom 30. May 1740. (In *Supplem. Cod. Aug.* T. I. pag. 663.)

Ruf ist, den Rechten des Landesherrn, als eines Dritten, nicht nachtheilig seyn, mithin auch einen Landesherrn an der Ausübung des Rechts, die Verlassenschaften der Unehelich-gebohrnen an sich zu ziehen, sofern nämlich ein solches in einem Lande eingeführt seyn sollte, nicht hindern können [27].

Auch den Reichsständen steht das Recht zu legitimiren in ihren Ländern unstreitig zu [28]. Der Grund dieses Rechts liegt in der den Reichsständen vermöge ihrer Landeshoheit zustehenden gesetzgebenden Gewalt, und dem daraus fließenden Rechte, Privilegien zu ertheilen. Daher ist es ein offenbarer Irrthum, wenn Gribner [29]) diese Befugniß den Reichsstädten nur alsdenn zugestehen will, wenn sie dasselbe durch kaiserliche Vergünstigung, oder undenkliche Verjährung erlangt haben; da die Reichsgesetze denselben die Landeshoheit ausdrücklich beylegen [30]), und es auch nicht an Beyspielen fehlt, daß sie das Recht zu legitimiren, eben so wie andere Landesherren, ohne allen Widerspruch des

27) S. von Günderode Abhandl. über das Recht einiger teutschen Stände, die in ihren Ländern sterbende uneheliche Kinder zu beerben. §. 12. in Desselben sämmtlichen Werken aus dem T. Staats- und Privatrecht II. Band S. 184.

28) Moser von der Legitimation unehelich gebohrner Personen, in s. Tractat von der Landeshoheit in Gnadensachen K. II. S. 6. ff.

29) in Diss. de iure legitimandi Comit. Palatinor. §. 6.

30) *Instr. Pac. Osnabr.* Art. V. §. 29. et Art. VIII. §. 4. Conf. WILDVOGEL Diss. de superioritate territoriali civitatum imperialium.

des Kaisers, ausgeübt haben [31]). Ja man kann solches sogar den unmittelbaren Reichsrittern nicht absprechen [32]). Denn sowohl die Reichsgesetze als höchsten Reichsgerichte gestehen denselben die **landesherrlichen Rechte** ausdrücklich zu [33]). So gewiß es nun ist, daß die Legitimation unehelicher Kinder zu den landesherrlichen Rechten gehört, so wenig ist daran zu zweifeln, daß Landesherren auch uneheliche Kinder landsäßiger Grafen und Edelleute legitimiren können [34]). Allein eine andere Frage ist, ob ihnen auch dieses Recht in Ansehung ihrer eigenen ausserehelichen Kinder zustehe? Die Entscheidung derselben beruhet darauf, ob sie die Landeshoheit über dieselben haben? Ist nun die Mutter keine reichsunmittelbare Person, so wird wohl niemand dem Landesherrn das Recht, die mit derselben erzeugten Kinder zu legitimiren, absprechen. Wie aber, wenn die Mutter eine reichsunmittelbare Person ist? Hierin ist die Praxis, wie **Moser** [35]) gesteht, zwar sehr ungewiß; weil indessen Unehelichgebohrne dem Stand der Mutter folgen,

31) Ein Beyspiel von Hamburg findet man in *Ge.* ANCKELMANN Diss. de successione ab intestato liberor. nat. et spurior. in bona matris. Cap. I. Sect. I. §. 4.

32) EISENHART Diss. de legitimat. liberor. illegitimor. Cap. II. §. 12. pag. 25.

33) *Instr. Pac. Osnabr.* Art. V. §. 28. **Wahlcapitulat.** Art. XV. §. 8. J. J. **Mosers** R. Geschichte der Reichsritterschaft II Th. S. 103. Joh. Ge. **Kerners** allgemeines positives Staats-Landrecht der unmittelbaren freyen Reichsritterschaft. I. Abschn. I. Kap. §. 20. f. II. Abschn. II. Kap. 2. Hauptst. §. 67. u. 68.

34) EISENHART cit. Diss. §. 12. pag. 25. sqq.

35) Compend. I. Publici pag. 323.

gen, mithin ebenfalls für reichsunmittelbare Perſonen zu halten ſind, ſo iſt zu behaupten, daß nur der Kaiſer ſie legitimiren könne[36]). Eben ſo gewiß iſt es nun auch, daß ein Landesherr nicht über fremde Unterthanen dieſe Befugniß ausüben könne[37]). Ob aber die von einem Landesherrn in ſeinem Lande ertheilten Legitimationen auch in anderer Reichsſtände Landen und Gebieten reſpectirt werden müſſen? iſt ſehr ſtreitig. Die meiſten Rechtsgelehrten ſtreiten für die verneinende Meinung, weil die geſetzgebende Gewalt ihre Kraft nicht auſſer dem Lande des Geſetzgebers äuſſere, und daher keine vermöge derſelben vorgenommene Handlung einen andern Regenten oder deſſelben Unterthanen nothwendig verbinde[38]). Andere hingegen legen den landesherrlichen Legitimationen auch auſſer dem Territorium des Ertheilers rechtliche Wirkung bey[39]); und dieſe letztere Meinung verdient aller-

36) SPENER ius public. T. VI. p. 156. ſq. und EISENHART cit. loc. pag. 26.

37) *de* COCCEJI ius civ. controv. Lib. I. Tit. 4. Qu. 5.

38) STRYCK Uſ. Mod. Pand. h. t. §. 14. *I. H.* BOEHMER doctr. Digeſt. h. t. §. 15. VOET Commentar. ad Dig. T. II. Tit. de concubinis §. 16. et *Idem* Tr. de ſtatutis Sect. IV. cap. 3. §. 15. ANCKELMANN Diſſ. cit. Cap. I. Sect. I. §. 4. not. r. Moſer im teutſchen nachbarlichen Staatsrecht. B. IV. Kap. 8. §. 6. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. III. Th. S. 299. u. a. m.

39) HERT Diſſ. de colliſione legum Sect. IV. §. 14. GRIBNER Diſſ. de iure legitimandi principum imp. §. 12—21. MYLER *ab* EHRENBACH de Princip. et Statib. Imp. Rom. Germ. P. II. Cap. 54. §. 10. MASCOV Princip. iuris publici p. 773. edit. noviſſ.

allerdings den Vorzug, insofern sie nämlich unter der Einschränkung angenommen wird, daß nicht etwa das Staatsinteresse ein anders erheische, oder der Legitimirte vermöge der erhaltenen Legitimation ein gewisses Recht in einem fremden Lande zum Nachtheil der Bürger desselben durchzusetzen suchen wolle [40]). Denn 1) macht dieses die genaue Verbindung, in welcher sich die sämmtlichen Stände des teutschen Reichs befinden, nothwendig, die von einem teutschen Landesherrn ertheilten Legitimationen auch in andern teutschen Reichslanden anzuerkennen; weil sonst unzähliche Mißverständnisse und Retorsionen daraus entstehen würden. 2) Ist es schon in dem Natur- und Völkerrechte gegründet, daß kein Regent über die Handlungen, Gesetze, Freyheitsverleihungen und Erkenntnisse eines andern Regenten, welche derselbe in seinem Staate und unter seinen Unterthanen ertheilt, zu urtheilen, und denselben entgegen zu handeln, oder deren Gebrauch zu hindern sich herausnehmen dürfe. Hieraus folgt, daß Legitimationen, die ein Landesherr seinen Unterthanen ertheilt, ihre Wirkung auch in einem fremden Lande haben, sofern sie weder dem Rechte des Regenten dieses Landes, noch den Rechten seiner Unterthanen Eintrag thun [41]). Hierzu kommt, 3) daß die Rechte, welche den persönlichen Zustand eines Menschen betreffen, jederzeit nach den Gesetzen des Wohnorts zu beurthei-

40) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandectas Vol. I. P. I. Specim. IX. med. 4. pag. 157. et 158.

41) S. Hn. Prof. Siebenkees Abhandl. von Freyheiten und Immunitäten im fremden Gebiete, 1. Abschn. §. 2. (in Desselben Beyträgen zum teutschen Rechte 1. Th. Nr. IV. S. 113.

urtheilen sind[42]). Man vergleiche hiermit, was ich an einem andern Orte meines Commentars (S. 3. dieses zweyten Theils) überhaupt von den Wirkungen der Privilegien ausser dem Territorium desjenigen Regenten, der solche ertheilet hat, gesagt habe[43]).

Uebrigens lässet sich aus demjenigen, was ich von dem Rechte zu legitimiren gesagt habe, die Frage, wem dergleichen Befugniß nicht zustehe, von selbst entscheiden. Man erinnere sich nur an dasjenige, was davon an einem andern Orte (S. 13.) in Ansehung der Privilegien überhaupt vorgekommen ist.

Zuletzt trägt unser Verfasser noch den Satz vor: *Quamnam vero legitimationem princeps concedere velit, an plenam, an minus plenam, ab eius pendet voluntate.* Es entsteht also hier die Frage, wieweit sich die Macht des Landesherrn in Ansehung der Legitimation durch Rescript erstrecke?

I) Kann er, nach seinem Gefallen, eine vollkommene oder unvollkommene Legitimation ertheilen? Es kommt darauf an, ob sie vom Vater selbst, oder, ohne dessen Einwilligung, blos vom Kinde, oder dessen Mutter gesucht wird. In dem letztern Falle kann dem Kinde zum Nachtheil des Vaters und seiner rechtmäßigen Erben keine vollkommene Legitimation ertheilt werden, sondern hier giebt die Legitimation nur die bürgerlichen Rechte im Staate, weil die Gesetze nicht wollen, daß Jemandem wider

42) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 74. S. 398.

43) Siehe auch THOMASII Diss. de us. pract. doctr. de legitimatione Cap. II. §. 4. not. b.

wider seinen Willen ein Erbe aufgedrungen werde[44]). In dem ersten Falle hingegen, da der Vater selbst um die vollkommene Legitimation des unehelichen Kindes anhält, hängt es von dem Willen des Landesherrn ab, ob er dem Gesuche des Vaters willfahren, und eine vollkommene oder nur eine unvollkommene Legitimation ertheilen will.

2) Kann der Landesherr auch solche uneheliche Kinder, die aus einem Ehebruche oder aus einem Incest erzeugt worden sind, auf Verlangen des Vaters plene, d. i. auf eine solche Art legitimiren, daß sie auch in Ansehung des Vaters ein Erbrecht erhalten? Nach dem heutigen Rechte zweifelt man wenigstens nicht daran, daß auch solchen Kindern auf Verlangen des Vaters eine vollkommene Legitimation ertheilt werden könne[45]). Einige Rechtsgelehrten[46]) widersprechen zwar, allein man hat nicht bedacht, daß sich die Gewalt unserer heutigen Regenten im Betreff der Legitimationen nicht nach dem Maßstabe des Röm. Rechts beurtheilen lasse. Soll jedoch

3) die Legitimation, die durch ein landesherrliches Rescript geschiehet, ein Successionsrecht geben, so muß nicht

44) *§. 7. I. de adopt. L. 7. C. de precib. imp. offer. L. 4. C. de emancipat.* Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 2. B. *Nr. LXVII.* §. 3. KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 3. p. 39. sq.

45) *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 15.

46) *God. Lud.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. V. §. 5. in fin. und H. von Trützschler in der Anweisung zur vorsichtigen und förml. Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1. Th. 2. Hauptabth. 3. Hauptst. §. 55. not. a. S. 302.

nicht nur der Vater ausdrücklich darum gebeten haben, sondern auch das Successionsrecht in dem Legitimationsrescripte deutlich und namentlich ertheilt seyn. Es gilt dies nicht blos in dem Falle, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, deren Existenz jedoch dem Landesherrn nicht verschwiegen werden darf, wenn das Rescript nicht für erschlichen gehalten werden soll [47]; sondern auch alsdann, wenn auch nur andere gesetzliche Erben vorhanden sind, welche durch die Erbfolge der legitimirten Kinder ausgeschlossen werden [48]. Endlich ist noch

4) zu bemerken, daß wenn ein uneheliches Kind, auf Begehren seines Vaters, vom Landesherrn die mit der ehelichen Geburt verknüpften Successionsrechte erhalten hat, demselben hierdurch nach der Meinung mehrerer angesehener Rechtsgelehrten [49] heut zu Tage nicht auch zugleich ein Erbrecht auf den Nachlaß der väterlichen Verwandten beygelegt werde, wenn nämlich dieselben nicht darein, daß der Legitimirte auch ihnen succediren solle, ausdrücklich gewilliget haben. In dem Röm. Rechte ist zwar gerade das Gegentheil verordnet [50]. Allein man beurtheilt heutiges Tages die

47) WERNSDORFF Diss. de dubio legitimatorum per rescriptum Principis iure in Germania. §. 14. KOCH Success. ab int. §. 29.

48) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol VI. Obs. 713.

49) L. B. *a* WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 318. *a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XIX. Cor. 3. WERNSDORFF cit. Diss. §. 19. et 20 *Christ. Gottl.* BIENER Diss. varias iuris civ. Quaestiones tract. *Lipsiae* 1797. Qu. 3. u. a. m.

50) *Nov. LXXXIX. cap.* 8 *pr. cap* 9 *§* 1. *et cap.* 11. *in fin.*

die Legitimation durch Rescript blos nach den Grundsätzen von Privilegien, welche streng zu erklären sind, und nicht zum Nachtheil eines Dritten, folglich auch hier nicht zum Nachtheil der väterlichen Verwandten, welche in die Legitimation nicht eingewilliget haben, erklärt werden dürfen. Indessen halten es doch auch noch jetzt manche bewährte practische Juristen [51]) hierin mit dem Römischen Rechte, weil sich ein allgemeiner Nichtgebrauch desselben, sofern es nicht durch besondere Landesgesetze hierin abgeändert worden ist, nicht erweisen läßt.

51) CARPZOV P. II. Const. VI. Definit. 16. nr. 4. MEVIUS P. IX. Decis. 125. TITIUS iur. priv. Rom. Germ. Lib. VI. cap. 13. §. 6. et Lib. VII. c. 1. §. 20. et 21. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 597. not. d. KIND Quaestiones forens. T. III. cap. 3. pag. 40. sq. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 2. Bandes 1. Abth. Resp. CXXVIII. Qu. 4. S. 277. f. KOCH Success. ab intestato. §. 75.

Lib. I. Tit. VII.

De adoptionibus, emancipationibus, et aliis modis, quibus patria poteſtas ſolvitur.

§. 148.

Begriff und Eintheilung der Adoption.

Die römiſche väterliche Gewalt kann endlich nach Vorſchrift der bürgerlichen Geſetze auch durch Annehmung an Kindes Statt oder Adoption[52]) erlangt werden. Man glaube indeſſen nicht, daß die Adoption in jedem Falle dieſe Wirkung haben müſſe. Denn wenn z. B. ein Herr ſeinen Sklaven an Kindes Statt annahm[53]), oder eine Mutter zum Troſt für den Verluſt ihrer Kinder vom Kaiſer die Erlaubniß erhielt, ein fremdes Kind zu adoptiren[54]), ſo wirkte die Adoption in dieſen Fällen keine väterliche Gewalt. Eben ſo iſt es nach dem neuern röm. Rechte, wenn ich eine ſolche Perſon, die kein Deſcendent von mir iſt, an Kindes Statt annehme. Allein die Adop-

 tion

52) *Ant.* FABER Iurisprud. Papinianea Tit. X. und *Chriſt.* THOMASII Diſſ. de uſu pract. tit. I. de adoptionibus. *Halae* 1714.

53) Wenn nämlich bey den Römern ein Herr ſeinen Sklaven vor Gericht für ſeinen Sohn erklärte, ſo wurde nach dem *§.* 12. *I. h. t.* ein ſolcher Sklave zwar frey, allein die Rechte eines Sohns erlangte er dadurch nicht.

54) *L.* 5. *C. h. t.*

tion kann auch eine Ursache werden, die väterliche Gewalt zu verlieren, wie unten §. 156. vorkommen wird. Was ist nun aber die Adoption? Der Begriff unsers Hrn. Verfassers, nach welchem sie diejenige feyerliche Handlung ist, da eine Person zum Sohn oder Tochter angenommen wird, welche von Natur in diesem Verhältniß nicht stehet, ist nicht ganz richtig. Denn ich kann ja meinen leiblichen Sohn emancipiren, und ihn hernach doch wieder durch Adoption in meine väterliche Gewalt bringen[55]). Vielmehr ist Adoption diejenige bürgerliche Rechtshandlung, dadurch unter öffentlicher Auctorität eine Person an Kindes oder Enkels Statt angenommen wird, die vorher die Kindesrechte in Rücksicht auf den, welcher sie annimmt, entweder gar nicht hatte, oder sich wenigstens in desselben väterlichen Gewalt nicht mehr befand. Alle Adoption muß also unter öffentlicher Auctorität geschehen. Denn nehme ich privatim ein fremdes Kind an, erziehe, verpflege und halte ich auch solches, wie mein Kind, ja erklärte ich sogar vor Zeugen, daß ich dasselbe für mein Kind annehmen wolle, so hat doch diese Handlung die Rechte und Wirkungen der Adoption nicht[56]). Das auf solche Art angenommene Kind ist kein *adoptivus*, sondern nur ein *alumnus*, ein Pflegkind[57]), und kann auf diejenigen Rechte keinen Anspruch machen, welche die Gesetze den Adoptivkindern ertheilen. Dem Pflegkinde stehet daher kein Erbrecht zu, insofern es nicht im Testamente des Pflegvaters zum Erben eingesetzt worden ist.

55) *L.* 12. *L.* 41. *D. eod.*

56) WERNHER Commentat. ad Dig. h. t. §. 3.

57) *Frid. Gottl.* STRUVE Diff. de iure alumnorum. *Ienae* 1716.

ist [58]). Es kann nicht einmal nach dem Tode seines Pflegvaters die Alimente weiter fordern, wenn sie demselben nicht ausdrücklich vermacht worden sind [59]). Auch ist die Ehe mit einer alumna nicht verboten [60]). Die Adoption durch Testament, deren in unsern Gesetzen zwar nirgends, aber in den römischen Klassikern [61]) verschiedentlich Erwähnung geschiehet, war keine wahre Adoption [62]), sondern nur Einsetzung eines Erben unter der Bedingung, des Testirers Namen anzunehmen [63]). Auf Seiten des Testators

58) LUDOVICI us. pract. distinctionum iuridicar. Lib. I. Tit. VII. dist. 3. — *Alumnus non succedit, nisi testamento heres scriptus sit, quamvis etiam, ut heres scribatur, nulla iura exigant.*

59) Nam alimenta a vivo praestari solita non debebuntur, nisi expresse relicta, arg. *L.* 14. *§.* 2. *D. de aliment. vel cib. legat.* LEYSER Specim. XX. medit. 4.

60) *L.* 26. *Cod. de nupt.* Eine Adoptiv-Tochter darf man hingegen nicht heyrathen §. 1. 2. I. de nupt. S. STRYCK Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 1.

61) CICERO in Bruto c. 58. DIO CASSIUS lib. XLVI. cap. 47. APPIANUS lib III. de Bello Civ. p. 586. SUETONIUS in vita Caesaris c. 83. Idem in vita Augusti c. 102. in vita Tiberii cap. 6. Idem in Galba cap. 17.

62) Man vergleiche Cujaz lib. VII. Observat. cap. 7. Brisson de Formulis lib. VII. n. XXVI. Ulrich Huber Digression. Iustinian. P. I. lib. II. c. 23. §. 2. Zacharias Huber Diss. de testamento Iul. Caesaris, quod Suetonius refert in eius vita cap. 83. Cap. II. §. 3. in EIUS *Dissertat. iurid.* P. I. p. 136. Trotz de memoria propagata Cap. IV. §. 1. Hermann Cannegieter Observat. iur. Rom. lib. II. c. 20. u. a. m.

63) S. *Christ. Gottl.* RICHTER Exerc. iur. civ. de conditione nominis ferendi ultimis voluntatibus adscripta. *Lips.* 1720. §. 6. et 7.

tors war sie von keiner rechtlichen Wirkung, weil sie als testamentarische Disposition erst nach dem Tode desselben gelten konnte. Die auf solche Art Adoptirten erlangten hierdurch auch weder Kindes- noch Familienrechte. Sie erhielten nur die Erbschaft des Testirers, und seinen Namen; ja auch diesen waren sie nicht in jedem Falle zu führen verbunden[64]). Daher ließ man zuweilen eine solche Adoption vom Volk durch eine Lex Curiata bestättigen, wovon das Beyspiel des Octavius bekannt ist, den Cäsar in seinem Testamente adoptirt hatte[65]).

Die eigentliche oder wahre Adoption ist nun von zweyerley Art, nämlich Arrogation, wenn der Anzunehmende ein homo sui iuris, und Adoption im engern Verstande, wenn derselbe ein filius familias ist[66]). Wie diese beyde Arten in Ansehung ihrer Form und Wirkung verschieden sind, wird unten an seinem Orte gesagt werden.

§. 149.

Hauptgrundsätze der Adoption.

Bey der Adoption überhaupt kommt es nun besonders auf folgende drey Hauptgrundsätze an:

I) die

64) SUETONIUS in vita Tiberii c. 6. *L. 63. §. 10. D. ad SCtum Trebell.* RICHTER cit. Diss. § 4.

65) DIO CASSIUS a. a. O. und APPIANUS a. a. O. In der Folge galt jedoch testamentum Principis soviel, als eine lex curiata. Ueberhaupt hatten bey den Adoptionen der Kaiser manche besondere Rechte Statt, wie DODWELL in Praelectionib. Camdenian. (*Oxonii* 1692. 8.) Praelect. XVIII. pag. 551. sqq. gezeigt hat.

66) ULPIANUS in *Fragm. VIII.* 1 et MODESTINUS *L. 1. §. 1. D. h. t.*

I) die Adoption ist nur ein subsidiarisches Mittel, die väterliche Gewalt zu erwerben, und blos zum Behuf für die erfunden, welche sich keine Hoffnung auf leibliche Kinder mehr zu machen haben[67].

II) Sie ahmt die Natur nach[68]; das heißt, das Adoptionsverhältniß muß dem der natürlichen Abstammung analog seyn. Es muß also der Natur nach nicht unmöglich seyn, daß der Adoptirte ein leibliches Kind oder Enkel seines Adoptiv-Vaters seyn könne. Denn man fingirt, als ob Adoptans das Adoptivkind gezeugt habe; oder daß solches von einem Descendenten desselben sey gezeugt worden. Daher sagt nun Cajus[69]: *Adoptio naturae similitudo est, ut aliquis filium habere possit, quem non generaverit;* und Javolen[70] druckt sich hierüber folgendermaßen aus: *adoptio in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere.* Endlich

III) die Adoption darf weder dem anzunehmenden Kinde, noch einem Dritten zum Nachtheil gereichen.

 Alle

67) THEOPHILUS in Paraphr. gr. Institut. Iustin. ad pr. de adopt. und CICERO *pro domo* cap. 13. sagt: *Quod est, Pontifices, ius adoptionis? nempe ut is adoptet, qui neque procreare iam liberos possit, et, cum potuerit, sit expertus.*

68) *§.* 4. *I. h. t.*

69) *Institut.* lib. I. Tit. 5. pr. (in SCHULTING *iurispr. Antejust.* pag. 42.) Papinian *L.* 23. *D. de lib. et postum.* nennt die Adoption imaginem naturae.

70) *L.* 16. *D. h. t.*

Alle drey Sätze sind fruchtbar an Folgen. Aus dem ersten folgt,

1) daß diejenigen der Regel nach nicht adoptiren können, die noch in dem Alter sind, daß sie heyrathen, und Kinder zeugen können. Die Römischen Gesetze nehmen nun an, daß man dazu tüchtig sey, so lange man noch nicht sechzig Jahre alt ist; und wollen daher auch der Regel nach nicht, daß man vor dem sechzigsten Jahre adoptire[71]). Dieß ist wenigstens bey der Arrogation ausser Zweifel. Denn Ulpian[72]) sagt ausdrücklich: *in adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit, qui adrogat; quia magis liberorum creationi studere debeat*, ob er gleich die Ausnahmen beyfügt: *nisi*

71) Vermöge der Legis Iuliae und Papiae Poppaeae war Jeder, der zum Ehestand tüchtig, und noch nicht 60. Jahre alt war, zu heyrathen verbunden, wenn er nicht in die Strafe der Ehelosigkeit fallen wollte. Wer hingegen einmahl das sechzigste Jahr unverheyrathet zurückgelegt hatte, den befreyeten selbst die Gesetze von aller weitern Strafe. Dies ward aber in der Folge durch das SCtum Persicianum geändert, vermöge desselben sollte nun das Alter von 60. Jahren dem Hagestolzen kein Asyl mehr gegen die Strafe des Cälibats seyn, wenn er auch gleich nun noch in seinen alten Tagen heyrathen wollte; nur das konnte ihn vermöge eines neuern Senatsschlusses, des SCti Claudiani, schützen, wenn er eine solche Frau heyrathete, die noch nicht 50. Jahre alt war. ULPIAN. *Fragm.* Tit. XVI. §. 3. SUETONIUS in *Claudio.* cap. 23. Kr. Constantin hob jedoch die Strafen des Cälibats auf. *L. un. Cod. de infirm. poenis caelibat.* und Kr. Justinian erlaubte auch die Ehe den abgelebten Greisen. S. HEINECCIUS in Comm. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. 3.

72) *L. 15. §. 2. D. h. t.*

nisi forte morbus aut valetudo in causa sit, aut alia iusta causa adrogandi, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare. Erwägt man indessen, daß die Arrogation eines patrisfamilias überhaupt mehr Schwierigkeiten fand, als die Adoption einer Person, die ohnehin noch unter väterlicher Gewalt stand, weil in dem ersten Falle eine Familie für den Staat verlohren wurde, dahingegen der filiusfamilias, der in die Adoption gegeben wurde, hierdurch nur die Familie änderte[73]; so ist es allerdings noch sehr zweifelhaft, ob das, was dort von der Arrogation gesagt ist, auch bey der eigentlichen Adoption gelte. Nach dem neuern Röm. Rechte läßt sich wenigstens um so mehr daran zweifeln, da Kaiser **Constantin** die Strafen des Cälibats aufgehoben hat, und nach der Verordnung des Kaisers **Justinian** durch die Adoption die väterliche Gewalt nur alsdann erlangt wird, wenn der Anzunehmende ein Verwandter in absteigender Linie ist, ein anderer aber, der kein Descendent vom Adoptivvater ist, in der Gewalt des leiblichen Vaters ohnehin verbleibt[74].

2) Folgt aus jenem Satz weiter, daß auch diejenigen, welche schon eheliche leibliche Kinder in ihrer väterlichen Gewalt haben, in der Regel, und ohne hinreichenden

73) *Ant.* FABER in Rational. in L. 15. §. 2. D. h. t. macht hierbey die richtige Bemerkung: *per arrogationem fit iniuria Reipublicae. quia familia amittitur, quod non est ferendum nisi ex causis. Aliud ergo in aliis adoptionibus iuris est.*

74) Das neue Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. §. 668. bestimmt ein Alter von 50. Jahren, nach welchem es erlaubt seyn soll, andere an Kindes Statt anzunehmen.

Grund nicht adoptiren können 75). Ulpian 76) führt zum Grunde an, *ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreavimus, deminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio parat sibi; aut qui adoptatus fuit, minus percipiat, quam dignum erit eum consequi.* Hieraus erhellet, daß die Adoption in diesem Falle nur insofern zuläßig sey, als sie den leiblichen Kindern zu keinem Nachtheil gereicht 77). Man setze z. B. daß Jemand ein großes Vermögen, und dazu nur ein einziges Kind, eine Tochter, habe, durch welche sein Name nicht fortgepflanzt werden kann; oder es hat Jemand einen blödsinnigen, oder ungerathenen Sohn, in solchen Fällen ist es ausser Zweifel, daß es dem Vater erlaubt sey, ein fremdes Kind zu adoptiren 78)? Und nun läßt sich's wohl erklären, wenn Paullus 79) sagt: *filiae meae is, quem adoptavi, frater fit: quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis.*

3) Folgt

75) *L.* 17. *§.* 3. *D. h. t. L.* 3. *C. eodem.*

76) *L.* 17. cit.

77) S. *Bern. Henr.* REINOLDI Variorum cap. XLII. (in *Opuscul.* a IUGLERO editis p. 230—234.) und *Ev.* OTTO Iurisprud. symbolica Exerc. III. cap. I.

78) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 7. *Mich. God.* WERNHER lect. commentat. ad Dig. h. t. § 5. pag. 51. *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris principiis Diss. II. (*Lipsiae* 1747.) §. 2. gehet noch weiter: *Immo*, sagt er, *si liberi legitimi non laedantur in legitima portione, adoptionem adhuc, attamen rescripto Principis interveniente, fieri posse arbitror; cum enim pater liberis suis legitimis omnia praeter legitimam bona iuste auferat, non est, cur eatenus adoptandi facultatem patri denegemus.*

79) *L.* 23. *in fin. D. h. t.*

3) Folgt aus obigem ersten Grundsatze weiter, daß diejenigen, welche der väterlichen Gewalt nicht fähig sind, auch auf keine vollkommene Art adoptiren können. Daher sind Weibspersonen zur wahren Adoption unfähig[80]). Denn wenn gleich eine Mutter, die leibliche Kinder gehabt, aber solche durch den Tod verlohren hat, nach einem gewissen Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian[81]) zu ihrem Trost bey dem Landesherrn die Erlaubniß auswirken kann, fremde Kinder anzunehmen, auch diese Adoption den Kindern die Pflichten der Liebe und Ehrfurcht gegen ihre Adoptivmutter auflegt, und ihnen den Namen derselben, ja die Hoffnung, dieselbe zu beerben, giebt,

80) *§. 10. I. h. t. L. 5. pr. Cod. h. t.*

81) *L. 5. Cod. cit.* Ob durch dieses Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian den Weibspersonen zuerst der Weg zu adoptiren sey geöffnet worden, ist zweifelhaft. Gerh. Noodt in Comment. ad Dig. h. t. und Gundling ad τὰ πρῶτα Dig. Tit. eod. §. 17. glauben dieses. Allein schon Ulpian in *L. 29. §. 3. D. de inoff. testam.* gedenkt der Adoption der Weibspersonen durch kaiserliches Rescript, und zwar auf eine solche Art, daß man sieht, sie müsse zu seinen Zeiten etwas ganz bekanntes gewesen seyn. Ulpian aber lebte längst vor Diocletian. Ueberdem ist das Rescript der K. Diocletian und Max. gar nicht in dem Tone abgefaßt, als ob dadurch ein neues Recht habe eingeführt werden sollen, was überhaupt in den Rescripten der Kaiser nicht gesucht werden muß, wie ich schon an einem andern Orte dieses Commentars (I. Th. §. 37. S. 266.) bemerkt habe. Vielleicht ist diese Wohlthat der weiblichen Adoption unter Antonin dem Frommen aufgekommen, der überhaupt die Adoptionen durch kaiserliches Rescript eingeführt haben soll. S. *van de* WATER Obfervat. iur. Rom. lib. III. cap. 16.

giebt, so erlangt doch dadurch die Mutter nicht die Rechte der römischen väterlichen Gewalt über diese von ihr adoptirten Kinder[82]). Allein, ob dies auch noch heutiges Tages gelte, ist streitig. Unser Verfasser meint, daß bey uns einer Weibsperson das Recht vollkommen zu adoptiren darum nicht abgesprochen werden könne, weil eine Mutter der väterlichen Gewalt nach heutigen Rechten fähig sey. Andere gehen noch weiter, und behaupten, daß heut zu Tage Weibspersonen auf jeden Fall gültig adoptiren könnten, und daß dieses Recht nicht mehr auf den Fall eingeschränkt sey, da selbige bereits Kinder gehabt haben, diese aber wieder gestorben sind[83]). Ja Beck[84]) ist der Meinung, daß zu einer solchen Adoption nicht einmal die landesherrliche Bestättigung bey uns erforderlich sey. Ich kann indessen keiner dieser Meinungen beytreten. Denn die erste widerlegt sich aus demjenigen, was ich oben von dem heutigen Gebrauche der röm. väterlichen Gewalt gesagt habe, von selbst. Bey der andern kommt alles darauf an, ob der Landesherr die Adoption bestättiget. Denn daß die Gewalt des Landesherrn sich so weit erstrecke, in einem solchen Falle Gnade für Recht ergehen zu lassen, wird Niemand läugnen.

82) *Christ. Henr.* BREUNING Diss. de adoptione feminarum. *Lipsiae* 1773.

83) Hr. von Trütschler in der Anweisung zur vorsicht. und förml. Abfassung rechtlicher Aufsätze. I. Th. 2. Hauptabtheil. 3 Hauptst. §. 60. S. 306.

84) in libro singul. de Novellis Leonis, earumque usu et auctoritate Cap. II. §. 58. pag. 198. (ex recens. D. *Car. Frid* ZEPERNICK *Halae* 1779. 8.) Auch ist Breuning cit. Diss. §. 9. dieser Meinung.

nen [85]). Der dritten Meinung endlich stehet entgegen, daß die Adoption ein blos römisches Institut ist, welches auch heutiges Tages aus Römischen Grundsätzen beurtheilt werden muß. Es darf daher von der in dem Röm. Rechte vorgeschriebenen Form derselben nicht abgewichen werden, wenn das Geschäft die ihr bengelegte Wirkung hervorbringen soll. Zwar will sich **Beck** auf die Auctorität einer Novelle des Kaisers **Leo** des Philosophen [86]) berufen, in welcher allen und jeden Weibspersonen das Recht, auch ohne landesherrliche Genehmigung, zu adoptiren verstattet worden ist. Allein da die Leonischen Novellen bey uns in Teutschland nicht recipirt sind [87]), so kann hieraus ein heutiger Nichtgebrauch des römischen Rechts ohnmöglich hergeleitet werden [88]). Aus diesem Grunde stimme ich lieber der Meinung des Vicecanzlers **Struben** [89]) bey, welcher bey der Adoption der Weibspersonen auch noch heut zu Tage die landesherrliche Bestättigung für nöthig hält.

§. 150.

Folgen aus dem zweyten und dritten Grundsatz. Genauere Bestimmung der Regel: *adoptio imitatur naturam.*

Auch der zweyte Grundsatz: die Adoption ahmt die Natur nach, ist nicht minder fruchtbar an Folgen. Es

85) *L. 38. D. h. t.*

86) *Nov. XXVII.*

87) S. des H. Stadt-Direct. D. ZEPERNICK Comment. quibus ex caussis Novellae Leonis sapientis in Germania receptae dici nequeant, hinter Becks angef. Tractat S. 403. ff.

88) Zepernick in der angef. Commentation Cap. I. §. 15.

89) in den rechtl. Bedenken II. Th. Bed. 62. Man sehe auch Schmidts öffentliche Rechtssprüche N. XXV. S. 171. ff.

Es wird jedoch zuvörderst nöthig seyn, den eigentlichen Sinn dieses Grundsatzes noch etwas genauer zu bestimmen, damit man ihn nicht weiter ausdehnt, als die Absicht der Gesetzgeber ist. Schon Hermann Cannegieter [90]) bemerkte gegen Huber, daß gedachter Grundsatz nicht überall, sondern nur hauptsächlich in den von Tribonian §. 4. und 5. *J. h. t.* bestimmten Fällen seine Anwendung finde, im übrigen aber manches durch Adoption möglich gemacht werden könne, was der Natur nach unmöglich ist; z. B. daß ein Großvater einen Enkel haben könne, der ihm von zwey Söhnen ist erzeugt worden [91]); ferner daß man adoptiren kann, wenn man auch nicht verheyrathet ist [92]); oder daß man ein Kind an Enkels Statt annehmen kann, wenn man gleich keinen Sohn hat [93]). Hieraus erhellet, wie ich glaube, deutlich, daß **die Nachahmung der Natur**

90) Observat. iuris Rom. Lib. II. cap. 20. pag. 223.

91) Ulpian sagt *L. 15. §. 1. D. h. t.* Qui duos filios, et ex altero eorum nepotem habet: si vult nepotem, quasi ex altero natum, sic adoptare: potest hoc efficere, si eum emancipaverit, et sic adoptaverit, quasi ex altero natum, facit enim hoc *quasi quilibet*, non *quasi avus:* et qua ratione quasi ex quolibet natum potest adoptare, ita potest et quasi ex altero natum. Durch die in diesem Adoptionsfalle erforderliche Emancipation wurde der Enkel in Ansehung des Großvaters nach dem Civilrechte wie ein extraneus betrachtet, und konnte nun, wie jeder andere, an Enkels Statt angenommen werden.

92) *L. 30. D. h. t.* adde ULPIANUM *Fragm. Tit. VIII. §. 6.* Jedoch ist dieß nur von ledigen Manns- aber nicht Weibspersonen zu verstehen. S. *Herm.* CANNEGIETER in Observat. iur. Rom. lib. II. cap. 17.

93) *L. 37. pr. D. eod.*

tur in der Adoption nicht so zu erklären sey, als ob alles dasjenige zunächst und unmittelbar bey dem Adoptirenden daseyn und angetroffen werden müsse, was der Natur nach erfordert wird, wenn der Anzunehmende von der Natur selbst in dasjenige Familienverhältnis und denjenigen Verwandschaftsgrad gesetzt werden sollte, in welchen derselbe durch die Adoption gebracht wird. Nein, es sollen nur nicht solche Umstände auf Seiten des Adoptirenden, auch nicht zwischen ihm, und demjenigen, welchen er zum Sohn oder Enkel annehmen will, solche Verhältnisse vorhanden seyn, unter welchen die bey der Adoption zum Grunde liegende Fiction, daß erster den letztern gezeugt habe, oder letzter durch einen Descendenten des erstern sey gezeugt worden, schlechterdings nicht Statt finden könnte, sondern einen offenbaren Widerspruch enthalten würde [94]). Hieraus folgt nun,

1) daß

94) Eben so erklärt obgedachten Grundsatz auch *Christoph. Lud.* CRELL in Observat. de adoptione in locum fratris non monstrosa. (*Vitemberg.* 1748.) obs. 7. pag. 42. Die hierher gehörigen Worte sind: *Nimirum in adoptionibus et omnibus fictionibus iuris hoc demum monstrosum est, si fingamus aliquid, ad quod efficiendum vires naturae simpliciter et absolute non comparatae sunt, seu quod per rerum naturam effici non posset, quamvis omnia media in promtu essent et adhiberentur: seu quod in ipsa definitione sua contradictionem continet: ut si quis fingeret, hominem, natu maiorem, esse filium eius, qui natu minor est, et a minore generatum, hoc enim natura nunquam efficere posset, quamvis omnia media adhiberentur: ideoque adoptio filii, natu maioris, a minore suscepta dicitur monstrosa, quia adoptio debet naturam imitari. Sed ad imitationem naturae hoc non desiderat* IUSTINIANUS, *ut omnia illa proxime et immediate adsint, et inveniantur in adoptionibus,*

quae

1) daß Castraten[95]), denen die zur Zeugung nöthigen Theile genommen worden, eben darum, weil sie zum Kinderzeugen unfähig sind, nicht adoptiren können[96]). Es hat zwar K. Leo[97]) denselben das Recht zu adoptiren aus Ursachen, die ich nicht weiter untersuchen mag[98]), ertheilt; allein da nur das röm. Justinianeische Recht in Teutschland eingeführt ist, so kann jene Leonische Verordnung in keine Betrachtung kommen[99]). Daß jedoch der Landesherr durch ein Rescript einem Castraten die Erlaubniß zu adoptiren ertheilen könne, ist ausser Zweifel. Wir müssen

quae naturaliter adesse deberent, si adoptandus a natura in illo gradu familiae constituendus esset, in quem ille adoptatur. Hoc enim, si posceremus, multa monstrosa admissa essent a IUSTINIANO *in adoptionibus. — Certius est, ad imitationem naturae hoc duntaxat requiri, ut adsint remota illa instrumenta, sine quibus naturaliter effici non posset, ut adoptandus ex familia nostra sanguinem et originem duceret. Sic in adoptione filii sufficit facultas generandi, quamvis uxorem quis non habeat, quae immediate ad sobolem procreandam requiritur. Sic in adoptione nepotis hoc unicum videtur necessarium, ut ea aetate sit adoptans, in qua posset filium habere, qui ipsi nepotem generare potuisset, et hunc octodecim annis aetatis superaret, quamvis avus sibi ipse nepotem sine filio naturaliter facere non possit.*

95) S. D. Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen II. Band S. 230. ff.

96) *§. 9. I. h. t.*

97) *Nov. XXVI.*

98) Man sehe Ulrich Hubers Eunomia Rom. ad L. 2. D. h. t. p. 65.

99) S. ZEPERNICK a. a. O. S. 492. ff.

müssen aber von den Castraten die Spadonen unterscheiden, worunter im eigentlichen Sinne diejenigen verstanden werden, die kränklicher Umstände oder körperlicher Gebrechen halber zum Zeugungsgeschäfte untüchtig sind [100]. Bey diesen befinden sich nun entweder die Zeugungsglieder in der gehörigen Beschaffenheit, oder diese sind bey ihnen von Natur so mangelhaft, daß sie auf immer zur Cohabitation unfähig sind. In dem erstern Falle können sie nach dem Röm. Rechte adoptiren [1]); in dem letztern hingegen kann ihnen nach der Analogie desselben dieses Recht nicht eingeräumt werden [2]). So lassen sich die verschiedenen Meinungen des Walchs [3]) und von Cocceji [4]) sehr gut vereinigen, von denen:

100) Von dem Unterschiede zwischen Castraten und Spadonen sind zu vergleichen *Ant* AUGUSTINUS Emendat. lib. III. c. 5. *Iac* CURTIUS Εικαςων lib. I. c. 27. und *Em.* MERILLIUS Observat. lib. I. c. 25. Jedoch werden diese Benennungen zuweilen verwechselt, wie schon *Ge. Casp.* KIRCHMAIER in Opusc. de latinitate Digestorum et Institut. Opusc. V. p. 247. (edit. Halens. 1772. 8.) bemerkt hat. Man sehe auch HEINECCII Comm. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. III. § 4. p. 158.

1) §. 9. *I. h. t.* *L* 2. §. 1. *L* 40. §. 2. *D. eodem.* *L.* 6. *pr. D. de lib. et postum.*

2) Arg. *L* 16 *D h. t.* et *L* 6. § 2. *et* *L.* 7. *D. de aedilit edicto.* S. *Io. van* NISPEN Diss. ad Fragmenta, quae in Dig. ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiar. supersunt. (*Lugd. Batav.* 1752.) Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* T. I. P. I. p. 14.)

3) Introd. in controv. iur. civ. Sect. I. Cap. II. Membr. II. §. 4.

4) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

denen letzter den Spadonen die Adoption gestattet, ersterer aber denselben dieses Recht abspricht [5]).

2) Ich kann keinen adoptiren, der älter ist, als ich [6]); sondern wenn ich ein Kind an Sohnes oder Tochter Statt annehmen will, so muß ich achtzehn Jahre älter, und will ich einen an Enkels Statt annehmen, so muß ich sechs und dreyßig Jahre älter seyn [7]). Warum die Gesetze gerade die volle Pubertät zur Adoption erfordern, hat den ganz natürlichen Grund, weil es nicht genug ist, daß jemand Kinder zeugen könne, sondern dabey auch in einem solchen Alter stehen muß, daß nach rechtlicher Fiction angenommen werden kann, er habe das Adoptivkind selbst gezeugt. Wird nun gleich eine Mannsperson nach zurückgelegtem vierzehnten Jahre für tüchtig gehalten, Kinder zu erzeugen, so hat man doch selten schon vor dem achtzehnten Jahre Kinder [8]). Jedoch will Puffendorf [9]) be-

5) Man sehe auch Höpfners Commentar über die Institutionen §. 146. Not. 1. S. 178.

6) *L. 15. § 3. D. t.*

7) *L. 40. §. 1. D. h. t. §. 4. I. eod.*

8) *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. X. Princ. III. Illat. 2. — *Vel ipso naturae exemplo induci necesse fuit,* sagt dieser Rechtsgelehrte, *ut non tam cito, nec ante plenam pubertatem filium per adoptionem habuisse quis videretur, siquidem in eo plus potest adoptio, quam matrimonium, quod filium certo et indubitato facit, qui ex matrimonio cum contrahitur, tantum speratur. Atqui certum est, saltem post plenam pubertatem esse quemlibet capacem generandi.* Man sehe auch *Io. van* NISPEN cit. Diss. cap. 2. pag. 13. sqq.

9) in Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 63. §. 5.

behaupten, daß heutiges Tages auf jenes gesetzlich vorgeschriebene Alter nicht mehr so genau geachtet, sondern für hinreichend gehalten werde, wenn nur der Adoptivvater Alters halber das angenommene Kind zu gouverniren vermöge.

3 Man kann auch nicht bloß auf eine gewisse bestimmte Zeit adoptiren. Denn man zeugt nicht Kinder, daß sie es nur auf gewisse Zeit seyn sollen[10]). Jedoch hindert dieses keinesweges, daß man Adoptivkinder wieder emancipiren kann. Nur können sie alsdann nicht von neuem an Kindes Statt angenommen werden, wenn sie einmal emancipiret worden sind[11]). Hat man im Gegentheil ein leibliches Kind emancipirt, so kann ein solches wieder adoptirt werden[12]), und es bleibt auch sodann ein leibliches Kind seines Vaters[13]).

4) Man kann auch keinen dergestalt adoptiren, daß er vermöge rechtlicher Fiction als unser Vater oder Bruder angesehen werden könne[14]). Denn dieß läuft gegen allen Begriff der Adoption, und streitet gegen die Vernunft und

 Natur,

10) Nec enim moribus nostris convenit, sagt Paulus *L. 34. in fin. D. h. t.* filium temporalem habere. Faber in Iurispr. Papinian. a. a. O. Illat. IV. erklärt die Worte *moribus nostris* von den moribus populi romani; allein ich verstehe sie überhaupt von dem, was der Natur und den Sitten der Menschen gemäß ist.

11) *L. 37. §. 1. D. h. t.*

12) *L. 12. L. 41. D. h. t.*

13) *L. 23. pr. D. de lib. et postum.* In omni fere iure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius numquam intelligatur: ne imagine naturae veritas adumbretur.

14) *L. 7. C. de hered. instit.*

Natur, daß ein Sohn den Vater, oder ein Bruder den andern gezeugt habe [15]). Nun will zwar Crell [16]) bey einer Adoption an Bruders Statt nichts widernatürliches finden. Denn können nicht zwey Freunde den Vertrag unter sich errichten, daß einer bey dem andern Bruders Stelle vertreten solle, nicht anders, als wenn sie beyde von einem Vater und einer Mutter wären gezeugt worden? Allein wenn man dieses auch zugeben wollte, so kann doch dergleichen Vertrag keine wahre Adoption genennt werden. Eine solche Adoption wird auch weder Familien, noch Successionsrechte wirken, wenn nicht dieses ausdrücklich verabredet worden, und die landesherrliche Bestättigung nebst der Einwilligung derjenigen, die ein Interesse dabey haben, hinzugekommen ist. Crell nimmt also das Wort Adoption in einer ganz uneigentlichen Bedeutung, in welcher es die Röm. Kaiser nahmen, wenn sie diejenigen, welche sie zu Mitregenten angenommen hatten, fratres nannten [17]). Der Nutzen einer solchen Annehmung an Bruders Statt soll auch nach seiner Meinung nur darin bestehen, *ut fratres adoptivi*, wie er sagt [18]), *iure sociorum et aequalitatis singularis inter se utantur.*

Wir schreiten endlich zum dritten Axiom, vermöge dessen die Adoption weder dem Anzunehmenden selbst,

15) HARMENOPULUS Epitome iur. civ. Lib. IV. Tit. 6. n. 20. sagt: *Fratris adoptio earum rerum numero habetur, quae fieri nequeant, aut non soleant: unde et matrimonium non impedit. Adoptio siquidem naturam imitatur; at nemo sibi fratrem gignit.*

16) in Diss. all. de adoptione in locum fratris non monstrosa.

17) S. *Ev.* OTTO de Iurisprud. Symbolica Exercit. III. cap. 13.

18) cit. Diss. Obs. VII. pag. 40.

selbst, noch einem Dritten zum Nachtheil gereichen darf. Auch hieraus fließen wichtige Folgen her. Denn so soll

1) ein Vormund seinen Pupillen nicht an Kindes Statt annehmen, weil sonst ein treuloser Vormund, der übel gewirthschaftet hat, und mit der Rechnung nicht bestehen kann, eine dergleichen Adoption zum Schaden seines Pupillen leicht mißbrauchen könnte, um von der Ablegung der Rechnung loszukommen [19]). Findet sich daher nach vorhergegangener Untersuchung, daß von dieser Seite kein Nachtheil für den Pupillen zu besorgen, vielmehr die Adoption demselben vortheilhaft sey, so kann sie ohne allen Zweifel durch ein landesherrliches Rescript erlaubt werden.

2) Soll auch eben deswegen kein Armer einen Reichen adoptiren, denn man besorgt, daß eine solche Adoption blos aus Interesse geschehe. Sollte inzwischen des Adoptirenden guter Lebenswandel, desselben bekannte redliche Neigung und aufrichtige Absicht alle widrige Vermuthung ausschliessen, so kann auch eine solche Adoption zugelassen werden [20]).

3) Kann man zum Nachtheil seines Sohnes keinen Fremden als Enkel aufnehmen, weil man seinem Sohne keinen Erben wider seinen Willen aufdringen kann [21]). In diesem Falle ist daher die Einwilligung desselben schlechterdings nothwendig [22]), weil ausserdem der adoptirte Enkel nach

19) *L. 17. pr. D. h. t.*

20) *L. 17. §. 4. D. h. t.*

21) *§. 7. I. h. t.*

22) *L. 6. D. h. t.*

nach dem Tode des Großvaters nicht in des Sohnes Gewalt kommt, mithin auch desselben Erbe nicht werden kann [23]).

4) Die Aufnahme eines Unmündigen darf nicht zum Nachtheil des von dem leiblichen Vater bestimmten Folge-Erbens geschehen [24]). Endlich

5) kann die Bestättigung einer ungültigen Adoption beym Landesherrn nicht ohne Einwilligung derjenigen gesucht werden, die hierdurch einen Schaden erleiden würden [25]).

§. 151.

Wirkungen der Adoption.

Die Wirkungen der Adoption sind verschieden. Es kommt zunächst darauf an, ob sie von einer Mannsperson, oder mit landesherrlicher Erlaubniß von einer Weibsperson geschehen ist. Im letztern Falle wirkt sie zwar keine römische väterliche Gewalt, doch können der Adoptivmutter diejenigen Rechte der elterlichen Gewalt nicht abgesprochen werden, welche nach heutigen Rechten einer Mutter über ihre leiblichen Kinder zustehen (§. 137. u. 138.). Das angenommene Kind erwirbt hierdurch ein Erbrecht, aber nur in Ansehung der Mutter, nicht der mütterlichen Ascendenten; auch nur in Ansehung der erstern alsdann, wenn sie ohne Testament verstirbt [26]). Die Mutter selbst succedirt jedoch dem Adoptivkinde nicht [27]). Ist hinge-

23) *L. 11. D. h. t.*

24) *L. 17. §. 1. D. eod.*

25) *L. 38. et 39. D. h. t.*

26) KOCH Succeſſio ab Inteſtato. §. 42.

27) KOCH cit. Tr. §. 67.

hingegen die Annehmung an Kindes Statt von einer Mannsperson geschehen, so ist zwischen der Arrogation und der eigentlichen Adoption ein Unterschied zu machen. Die erstere bewirkt nach bürgerlichen Gesetzen

1) eine Verwandschaft, die jedoch kein Recht der Blutsfreundschaft, sondern nur ein Agnationsrecht giebt [28]). Sie äussert sich

a) zwischen dem Arrogator und dem arrogirten Kinde, und zwar auf Seiten des erstern unter dem Namen *paternitas*, auf Seiten des letztern aber unter dem Namen *Suitas* [29]);

b) zwischen dem arrogirten Kinde und den leiblichen Kindern des Arrogators, unter dem Namen *fraternitas* [30]), jedoch werden diese Geschwister nur als consanguinei angesehen [31]);

c) zwischen dem arrogirten Kinde und den Agnaten des Arrogators, unter dem eigentlichen Namen *agnatio*. Mit allen denjenigen aber, welche blos Cognaten vom Arrogator sind, contrahirt das angenommene Kind keine Verwandschaft. Die Mutter des Arrogirenden wird also nicht

 als

28) *L. 23. D. h. t.*

29) *§. 1. I. de Nupt.*

30) *L. 23. D. h. t. L. 17. pr. D. de ritu nupt.*

31) Hat jedoch der Arrogator schon einen Enkel von seinem Sohne, und will noch ein frembdes Kind zum Enkel annehmen, so entstehen unter beyden Enkeln die Rechte der Consanguinität anders nicht, als wenn die Annehmung ausdrücklich und unter der Bedingung geschehen, daß der Arrogirte als ein von des Arrogirenden Sohne und desselben Frau gebohrner Enkel angesehen werden solle. *L. 44. D. h. t.*

als Großmutter des arrogirten Kindes angesehen, denn sie ist nur eine cognata von dem Arrogator, und gehört überdem im eigentlichen Verstande nicht zur Familie desselben, wie Paulus sagt [32]) (§. 129.). Auch wird die Frau des aufnehmenden Vaters hierdurch nicht in das Verhältniß einer rechten Mutter gesetzt, sondern das angenommene Kind bleibt in der natürlichen Verbindung mit seiner leiblichen Mutter. Eine Folge dieser legalen Verwandschaft ist

2) ein Ehehinderniß zwischen diesen Personen, welches sich jedoch auch auf gewisse Cognaten des Vaters, z. B. auf dessen Mutter, und deren Schwester erstreckt, so lange wenigstens die Verbindung nicht durch Emancipation wieder aufgehoben ist [33]).

3) Wirkt die Arrogation ein wechselseitiges Erbrecht zwischen den Personen, zwischen welchen durch dieselbe ein Agnationsrecht entstanden ist [34]). Das arrogirte Kind succedirt dem arrogirenden Vater iure sui heredis [35]); den übrigen Agnaten desselben aber iure agnationis [36]). Der Unterschied ist, daß in dem letztern Falle dem Arrogirten das ihm zustehende Erbrecht durch Testament der Agnaten nach Willkühr kann entzogen werden, allein

32) *L. 23. D. h. t.*

33) *L. 55. §. 1. D. de rit. nupt.* Dieses legale Ehehinderniß ist auch im canonischen Rechte anerkannt, *cap. un. X. de cognat. legali.* S. RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 131.

34) *L. 10. §. 5. Cod. de adopt.*

35) KOCH a. a. O. §. 41.

36) Schon APPIAN. de bello civ. lib. III. p. 33. sagte: *Adoptati idem, quod nativi filii, ius habent erga suorum patrum agnatos.*

allein nicht in dem erstern Falle, da er iure suitatis den Arrogator beerbt, wenn nicht eine rechtmäßige Enterbungsursache vorhanden ist [37]). Den leiblichen Kindern des Arrogatoris succedirt jedoch das arrogirte Kind eher nicht, als wenn die Ordnung an den Halbgeschwistern ist [38]).

3) Auf Seiten des Arrogators wirkt ferner die bürgerliche Aufnahme an Kindesstatt die väterliche Gewalt. Hat der Arrogirte Kinder, so werden auch diese der väterlichen Gewalt des Arrogatoris unterworfen [39]). Jedoch haben die Gesetze bey Ausübung derselben dem Arrogator manche Einschränkungen in dem Falle vorgeschrieben, wenn der Arrogirte noch unmündig ist. Z. B. in Ansehung der Pupillar-Substitution. Denn so kann der arrogirende Vater dem aufgenommenen Kinde keinen Folge-Erben ernennen, ausser auf den vierten Theil, den es nach der Verordnung des DIVUS PIUS aus seinem Vermögen zu hoffen hat [40]). Desgleichen in Ansehung der Emancipation, wovon zu seiner Zeit ein mehreres.

4) Der arrogatus leidet zwar durch die Aufnahme an Kindesstatt eine Capitisdeminution, aber keinen Verlust an seiner bürgerlichen Würde, wenn gleich der Arro-

37) *Ant.* FABER Rational. in Pandect. T. I. ad L. 7. D. h. t. — *Agnatum enim heredem nemo invitus habet, cum possit testamento eum excludere. At suum heredem habet quis, ut invitum, ita invitus; cum non possit eum exheredare, nisi ex certis caussis.*

38) KOCH cit. Tr. §. 84.

39) *L.* 2. *§.* 2. *D.* et §. 11. *I. h. t.*

40) *L.* 22. §. 1. *D. h. t.*

Arrogator geringern Standes seyn [41]). Daneben aber erlangt das arrogirte Kind.

5) den Namen [42]), Stand und Würde des Arrogators [43]) und überhaupt die Rechte der Familie in Ansehung des Wahlvaters, in sofern sie nicht vom Iure sanguinis unmittelbar abhängen [44]). Ob das arrogirte Kind auch den Geschlechtsadel des Vaters erhalte? ist nach dem römischen Rechte streitig. Die meisten Rechtsgelehrten [45]) wollen dieses behaupten; allein andere glauben solches mit mehrerem Grunde verneinen zu können [46]). Die letztere Meinung ist wenigstens nach den heutigen Rechten die richtigste, wie ich beym folgenden §. zeigen werde.

Eben

41) *L.* 35. *D. h. t.* Per adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur. Unde Senator, etsi a plebeio adoptatus est, manet Senator: similiter manet et Senatoris filius. Add. *L.* 15. §. *ult. D. ad municipal.*

42) APPIANUS Lib. III. de bello civ. pag. 532. Moris est apud Romanos, ut adoptivi adoptantis nomen adjiciant suo. E. SPANHEMIUS de praestantia et usu numismat. Diss. X. pag. 77. und TROTZ de memoria propagata pag. 243.

43) *L.* 5. *et* 6. *D. de Senator. Ant.* FABER in Rational, ad h. L. *L.* 4. *C. de Decurion.*

44) *L.* 23. *D. de adopt.*

45) *Ulr.* HUBER Digress. Iustinian. Lib. II. c. 24. §. 3. HEINECCIUS in Commentar. ad L. Iul. et Pap. Popp. Lib II c. 1. §. 4. pag. 113. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 13. *Ern. Mart.* CHLADENIUS de gentilitate vet. Rom. Cap. IX. pag 102. sqq. besonders auch *Ev.* OTTO de Iurisprud. Symbol. Exerc. III. cap. 3. pag. 269. sq.

46) *Herm.* CANNEGIETER in Observat. iur. Rom. lib. II. cap. 18. HARPPRECHT in Commentar. ad §. 12. I. h. t. ibique allegati.

Eben diese Wirkungen hatte vor Justinian auch die eigentliche Adoption. Allein nach dem justinianeischen Rechte ist ein Unterschied, ob sie von einem Ascendenten des Anzunehmenden z. B. vom Großvater väterlicher oder mütterlicher Linie, oder von einem andern geschiehet [47]). Nur im erstern Falle wirkt die Adoption nach dem neuern Rechte die väterliche Gewalt; jedoch nur über den Adoptirten. Denn desselben Kinder bleiben in der Gewalt ihres leiblichen Großvaters [48]). Es wäre denn, daß sie erst nach geschehener Adoption wären gebohren worden [49]). Wenn, wie in dem eben gedachten Falle, der Großvater seinen Enkel oder seine Enkelin an Sohnes- oder Tochterstatt annimmt, so wird zugleich durch eine solche Adoption eine doppelte Verwandschaft gewirkt, nämlich eine bürgerliche und natürliche zugleich, die in Absicht auf die Intestat-Erbfolge ihre besondere Wirkung hat. Denn wenn z. B. der mütterliche Großvater seinen Enkel adoptirt, so bleibt zwar das natürliche Verwandschaftsverhältniß, vermöge welchen der Adoptirende der Großvater, das angenommene Kind aber desselben Enkel ist, allein es tritt nun noch eine neue bürgerliche Verbindung hinzu, nach welcher der Enkel civiliter als Sohn des adoptirenden Großvaters, der Großvater aber als desselben Vater angesehen wird. Dies hat weiter die

47) *L. penult. Cod. de adopt.*

48) *L 40. pr. D. h. t.* Adrogato patrefamilias liberi, qui in eius erant poteſtate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur: ſimulque cum ſuo patre in eius recidunt poteſtatem. Quod non ſimiliter in *adoptione* contingit; *nam nepotes ex eo in avi naturalis retinentur poteſtate.*

49) *L 27. D. eod.* ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet in iure civili. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

die Folge, daß des Adoptirenden leibliche Tochter, welche nach dem natürlichen Verwandschaftsverhältniß des adoptirten Kindes Mutter ist, jetzt civiliter als desselben Schwester, der Adoptirte aber als frater civilis seiner leiblichen Mutter angesehen wird, obwohl die natürliche Verbindung zwischen Mutter und Sohn hierdurch im mindesten nicht aufgehoben wird. Nun setze man den Fall, der adoptirende Großvater stürbe, so succediren beyde, der Enkel und desselben Mutter, in capita ab intestato. Der Enkel als Adoptivsohn, desselben leibliche Mutter aber als Tochter des Verstorbenen Der Enkel bekommt also jetzt als Adoptivsohn die Hälfte der Verlassenschaft, da er ausserdem als Enkel von seiner Mutter würde ausgeschlossen worden seyn. Man nehme ferner den Fall an, die Mutter dieses Enkels sey schon vor dem Großvater, oder, eigentlich zu reden, vor ihrem Vater verstorben, habe aber ausser dem adoptirten Enkel noch drey andere Kinder hinterlassen. So bekommt der vom Großvater adoptirte Enkel, als filius civilis, die Hälfte, in die andere Hälfte aber succediren die nicht adoptirten Enkel, als Repräsentanten des mütterlichen Stamms. Allein da durch die Adoption die natürliche Verbindung nicht aufgehoben wird, mithin vermöge derselben der adoptirte Enkel ein leiblicher Enkel vom Großvater bleibt, so wird er nun auch noch als Enkel des verstorbenen Großvaters mit den übrigen seinen Antheil an der andern Hälfte der großväterlichen Erbschaft mit Recht verlangen können [50]).

Eine

50) Man vergleiche hier die lesenswürdige Abhandlung des Herrn Canzlers Koch de cognatis duplicibus, welche hinter Desselben *Successio ab intestato* das *Auctarium* III. ausmacht.

Eine solche Adoption, die von einem Ascendenten geschiehet, giebt ferner dem Adoptirten das *ius sui heredis*, was ihm auch nicht durch das Testament des Adoptivvaters kann genommen werden, wenn nicht eine rechtmäßige Enterbungsursach vorhanden ist [51]). Daß übrigens der adoptirende Großvater den an Kindesstatt angenommenen Enkel ebenfalls beerbe, ist ausser Zweifel, nur muß das Band der Adoption nicht etwa durch Emancipation wieder getrennt worden seyn [52]).

Wenn im Gegentheil die Adoption von einem andern geschehen, der nicht Ascendent von dem angenommenen Kinde ist, so wirkt dieselbe weder auf Seiten des Adoptirenden die väterliche Gewalt [53]), noch auf Seiten des Adoptirten die Familienrechte, sondern giebt letztern nur das ius sui heredis alsdann, wenn der Adoptivvater ohne Testament verstirbt. Denn macht dieser ein Testament, so kann er das adoptirte Kind gänzlich übergehen [54]). Der Adoptivvater bekommt aber durch diese Adoption gar kein Erbrecht. Denn das Kind bleibt in der Gewalt und Familie seines leiblichen Vaters, und wird daher von desselben leiblichen Eltern beerbt [55]). Die Gesetze kennen auch hier

51) *L.* 10. *pr. Cod. h. t.*

52) KOCH Succ. ab Int. §. 65.

53) *Petr. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora (*Noviomagi* 1651.) Exerc I. Obs. 20. p. 18. in fin. sqq. ist zwar einer andern Meinung; allein *L.* 10. *C. h. t.* redet zu deutlich für die gemeine Meinung, als daß jene Grille des Greve uns irre machen könnte.

54) *L.* 10. §. 1. *Cod. h. t.* KOCH c. Tr. §. 39.

55) KOCH c. Tr. §. 64.

hier wegen einer bürgerlichen Verwandschaft kein Ehehinderniß, als welches überhaupt nach neuern römischen und canonischen Rechten nur durch die Arrogation entstehen kann [56]).

Ich muß zuletzt noch etwas zur Erläuterung der Justinianeischen Verordnung in *L* 10 *Cod. de adoptionibus* hinzufügen, weil man dieselbe insgemein für dunkler hält, als sie wirklich ist. Justinian erzählt im Eingange derselben, daß ein alter Streit unter den römischen Rechtsgelehrten über eine zweifelhafte Rechtsfrage die Veranlassung dazu gegeben habe. Die Streitfrage war diese, ob ein adoptirtes Kind sich gegen das Testament seines leiblichen Vaters, worin dasselbe präterirt worden ist, der Inofficiositätsklage bedienen könne, wenn sich das präterirte Kind zu der Zeit, da der leibliche Vater starb, noch in der Gewalt und Familie des Adoptivvaters befand? Dieser letzte Umstand machte eben die Entscheidung der Frage zweifelhaft. Denn wäre das Adoptivkind zur Zeit des Absterbens seines leiblichen Vaters schon emancipirt, und hierdurch auch von der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters befreyet gewesen, so hätte die Frage gar keine Schwierigkeit gehabt, weil alsdann dem präterirten Kinde die bonorum pos-

56) Ganz richtig sagt daher *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 131. das Hinderniß der gesetzlichen Verwandschaft bestehe *in connexione personarum, ex arrogatione proveniente*, und verwirft die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß dergleichen Ehehinderniß auch aus einer jeden andern unvollkommenen Adoption entstehe. Ihm stimmt auch EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 362. not. d. n. 17. pag. 296. bey.

possessio contra tabulas zu statten gekommen wäre [57]. Papinian sprach nun dem Kinde in dem vorliegenden Falle die Inofficiositätsklage rund ab. Sein Entscheidungsgrund war, *quod filius ad patrem adoptivum totam spem extendere debeat, non successionem patris naturalis molestare.* Ein Grund, den hernach Justinian selbst zum Entscheidungsgrunde seiner Verordnung macht. Das Kind hatte sich einmal von der Familie seines leiblichen Vaters losgesagt, und wurde in Ansehung desselben, solange es in der Familie des Adoptivvaters war, wie ein extraneus angesehen [58]; ja es konnte sich über das Testament seines leiblichen Vaters um so weniger beklagen, weil ihm ja derselbe einen andern Vater zum Versorger angewiesen hatte [59]. Aus diesen Gründen hatte auch Ulpian Papinians Meinung angenommen [60]. Allein Paulus läugnete nicht schlechterdings, daß dem Adoptivsohne die Inofficiositätsklage gegen das Testament seines leiblichen Vaters zustehe, nur glaubte er nicht, daß das Kind viel damit ausrichten werde [61]. Indessen, daß sie wirklich zuweilen mit glücklichem Erfolge gegen das Testament des leiblichen Vaters bey den Centumvirs angestellt worden sey, beweißt das Beyspiel des röm. Ritters M. Ancus Carseolanus beym Valerius [62], welchen auch sein Vater nach geschehener Adoption

57) *§. 10. I. de hereditat. quae ab int. deferuntur.*

58) *§. 4. I. de exheredat. liberor.*

59) *L. 17. D. de bon. poss. contr. tab.*

60) *L. 8. §. 10. D. eod. tit.*

61) Justinian drückt sich folgendergestalt aus: *Paulus autem sine effectu derelinquit.*

62) *Lib. VII. cap. 7.*

tion präterirt hatte. **Martian** endlich machte einen Unterschied, ob der Adoptivvater arm, oder ein vermögender Mann sey. Im erstern Falle könne der präterirte Sohn die Inofficiositätsklage gegen das Testament seines leiblichen Vaters anstellen; weil hier der Vater seinen Sohn offenbar hintergangen hat, daß er ihn von einem Unvermögenden hat adoptiren lassen. Im letztern Falle hingegen habe der Sohn nicht Ursache sich zu beklagen, da er aus den Gütern seines Adoptivvaters noch sein Erbtheil zu hoffen habe[63]). Allein wie? wenn nach dem Tode des leiblichen Vaters auch der Adoptivvater das Kind emancipirte? Was half es nun dem Kinde, wenn auch der Adoptivvater noch so reich war? Die Hoffnung zur Erbschaft desselben war nun für das Kind auf immer verlohren. Auf solche Art konnte es also leicht geschehen, daß das Adoptivkind weder den leiblichen, noch den Adoptivvater beerbte. Dieß suchte nun **Justinian** durch diese neue Verordnung zu verhüten, worinn er will, daß nur in dem Falle, wenn die Adoption von einem Ascendenten, z. B. von dem mütterlichen Großvater, geschehen, die Verbindung mit dem leiblichen Vater, so lange nämlich das Kind in der Gewalt und Familie des Adoptivvaters bleibt, aufhören, und dasselbe auf dessen Erbschaft allein seine Hoffnung richten sollte. Denn würde das Kind vom Adoptivvater emancipirt, so solle es zu seinem leiblichen Vater zurückkehren, und in Ansehung desselben seine verlohrne Kindesrechte wieder erhalten. Ob jedoch dem emancipirten Kinde auch noch nach dem Tode seines

63) Vermuthlich hatte Martian hiervon im 4ten Buch seiner Institutionen gehandelt, wie sich aus der *L. 30. D. de inoff. testam.* schließen läßt.

nes leiblichen Vaters, wenn dieser etwa das Kind im Vertrauen auf die Erbschaft des Adoptivvaters präterirt hätte, der Weg zur Succession desselben offen stehen sollte, hat Justinian wenigstens deutlich nicht bestimmt. Indessen glaubt es **Emund Merillius** in der unten angeführten Stelle[64]) nicht ohne Grund. Wenn hingegen die Adoption von einem Extraneo geschehen, so solle das Adoptivkind die völligen Kindesrechte in Ansehung seines leiblichen Vaters behalten, und zwar nicht blos im Betracht der Intestaterbfolge, sondern auch der testamentarischen, wie auch der den unbilliger Weise enterbten Kindern zustehenden Inofficiositätsklage. In Ansehung des Adoptivvaters aber soll das Kind nur sui heredis ius in Absicht auf die Intestaterbfolge erhalten: non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptivi, wie Justinian sich ausdrückt, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat; sed quasi extraneus ita ad illam familiam inveniatur. Der Adoptivvater kann daher das Kind in seinem Testamente nach Gefallen übergehen.

Hier-

64) in Expositionib. in L. Decisiones Iustiniani N. XIV. pag. 43. (*edit. Neapol.* 1720. 4.) *Quod si filius parentibus in adoptionem datus ab iis postea emancipatus fuerit, vult* IUSTINIANUS, *filium reverti ad patrem naturalem, hoc est, ad successionem ipsius. Non satis quidem expressit, utrum reverti possit filius adoptivus emancipatus ad successionem patris naturalis, sive vivus, sive mortuus ille fuerit: sed quia supra id vitium in distinctione* MARTIANI *proposuit, sane et illud emendare voluit, ut scilicet filius emancipatus ab adoptivo patre ex ascendentibus, mortuo patre naturali, ad successionem ipsius revertatur, quamvis in aliena familia fuerit eo tempore, quo pater moreretur.*

Hieraus entstehet nun die Eintheilung der Adoption im engern Verstande in die vollkommene und unvollkommene. Erstere geschiehet von einem Ascendenten, und wirkt auf Seiten des Adoptivvaters die väterliche Gewalt, auf Seiten des angenommenen Kindes aber ein vollkommenes ius sui heredis, letztere hingegen geschiehet von einem extraneo, und wirkt weiter nichts, als ein Recht zur Intestaterbfolge auf Seiten des Adoptirten [65]).

§. 152.

Rechte, welche die Adoption nicht giebt.

Die Adoption wirkt kein ius sanguinis, wie Paullus [66]) sagt. Mithin werden diejenigen Rechte den Adoptivkindern nicht zu Theil, welche sich lediglich auf Blutsfreundschaft gründen, und daher nur ehelichen leiblichen Descendenten zukommen. Familienrechte dieser Art wirkt keine Adoption, wenn sie auch eine vollkommene, oder eine Arrogation seyn sollte. Denn auch diese giebt den Adoptirten nur die gemeinen Familienrechte, welche der freyen Disposition des Adoptivvaters unterworfen sind [67]). Hieraus folgt,

1) daß Adoptivkinder den Adel des Vaters nicht erlangen [68]). Denn der Geschlechtsadel wird nur durch eine

65) Von dem Unterschiede zwischen der alten und Justinianeischen Adoption handelt MERILLIUS c. l. pag. 44. sehr ausführlich.

66) *L. 23. D. h. t.*

67) *Mich. God.* WERNHER in lect. Commentat. ad Dig. h. t. §. 6. pag. 54. LEYSER Spec. XX. med. 3.

68) *Car. Gottl.* KNORRE Different. iur. Rom. et Germ. in nobilitate adoptiva. *Halae* 1721. 1745 RICCIUS von dem landsäßigen

eine wahre eheliche Geburt, nicht aber durch eine fingirte Generation, erworben. Es muß also dem Adoptivkinde der Adel von demjenigen besonders ertheilet werden, welchem das Recht zu adeln zustehet.

2) Succediren Adoptivkinder nicht in Stamm- und Fideicommißgütern[69]. Denn dieses Recht steht nur denjenigen zu, die der Geburt nach zur Familie des Stifters gehören. Man kann auch nicht annehmen, daß der Stifter eines Fideicommisses, wenn er sich desfalls nicht deutlich ausgedrückt hat, unter seinen rechtmäßigen Fideicommißerben zugleich adoptirte Kinder mit verstanden habe, da solche keine wahre, sondern nur erdichtete Kinder sind[70]. Ein anders wäre freylich zu behaupten, wenn die Agnaten, deren Interesse darunter leidet, das Adoptivkind des letztern Besitzers zulassen wollten. Denn diese können sich ja ihres Rechts begeben.

3) Sind Adoptirte auch von der Lehnfolge ausgeschlossen[71]. Nicht nur die ausdrückliche Verordnung des

 Longo-

säßigen Adel in Teutschland. II. Th. Kap. 5. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts III. Th. S. 330. und Runde Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechts §. 370.

69) *Io. Casp.* HEIMBURG Diss. sist. iuris comm. et germ. differentias in doctr. de fideicommissis. (*Ienae* 1743.) Cap. III. §. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 605. nr. II. Eichmann a. a. O. S. 335. ff.

70) *L. 76. D. condit. et demonstrat.*

71) *Ern. Frid.* KNORRE Diss. de successione adoptivorum in feuda. Halae 175[illegible]. und Hofr. Schnauberts Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 2. Fortsetz. §. 123.

Longobardischen Lehnrechts [72]), sondern auch die Natur der Lehnsfolge, als welche ein auf dem Blute des erstern Erwerbers haftendes Recht ist, setzen diese Wahrheit ausser allem Zweifel [73]). Es finden jedoch folgende Ausnahmen Statt: a) wenn die Adoption mit Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten, oder b) der Erwerb des Lehns unter der ausdrücklichen Bedingung geschehen ist, daß auch Adoptivkinder darin succediren sollen; oder c) dieselben vermöge des besondern Lehnhofrechts successionsfähig sind [74]).

4) Giebt auch die Adoption kein Recht, die vom Adoptivvater oder dessen Verwandten ausser der Familie veräusserten Güter mittelst der Erblosung zu retrahiren, (*ius retractus gentilitii*). Denn niemand ist zu diesem Retract berechtiget, als welcher mit dem Verkäufer von dem Erwerber zugleich auf eine rechtmäßige Art abstammt [75]).

5) Haben Adoptivkinder auch eben so wenig die Rechte der Meistersöhne zu geniessen [76]). Fast bey allen Zünften haben nämlich die Meistersöhne, wenn sie bey ihres Vaters Handwerk verbleiben, sehr beträchtliche Vorrechte, welche sich auf mancherley Weise äussern [77]).

72) *II. F. 26. §. 8.*

73) *G. L.* BOEHMER Princip. iur. feudalis §. 123.

74) *Car. Henr.* MOELLER in usu practico distinction. feudal. Cap. XV. Distinct. 3.

75) Carl Fried. Walch's Näherrecht 2. Buch 2. Hauptst. I. Abschn. I. Absatz §. 5. S. 314. (der 3. vermehrt. Aufl. Jena 1795. 8.)

76) SCHILTER in praxi iur. Rom. Ex. III. thes. 17. LEYSER Specim. XX. med. 3.

77) Joh. Fried. Christoph Weisser's Recht der Handwerker (Stutgart 1780. 8.) 8. Abschn. §. 37.

Sie bestehen gemeiniglich darinnen, a) daß dieselben für das Ein- oder Ausschreiben, auch für das Meisterrecht entweder gar nichts, oder doch nicht so viel, als ein anderer, bezahlen; b) entweder gar nicht, oder nicht so lang, wie ein anderer, wandern; c) eine kürzere Zeit in der Lehre bleiben, und d) die Sitz- oder Mutjahre nicht erstehen dürfen. Zum Genuße dieser Vorrechte können nur leibliche Söhne der Meister gelangen.

Hieraus erhellet also, daß der Unterschied zwischen ehelichen leiblichen und adoptirten Kindern noch immer sehr beträchtlich ist. Zwar sagt Justinian[78]): *In plurimis caussis assimilatur is, qui adoptatus vel arrogatus est, ei, qui ex legitimo matrimonio natus est*; und Niemand wird dieses bezweifeln, wenn man sich nur unter der Adoption eine vollkommene denkt. Allein eben dieser Kaiser bemerkt auch an einem andern Orte seiner Institutionen[79]) einen auffallenden Unterschied. *Minus ergo iuris*, sagt er, *habent adoptivi, quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio Praetoris gradum liberorum retinent, licet iure civili perdant. Adoptivi vero emancipati et iure civili perdunt gradum liberorum, et a Praetore non admittuntur, et recte. Naturalia enim iura civilis ratio perimere non potest, nec quia desinunt sui heredes esse, possunt desinere filii filiaeve, aut nepotes neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia ius nomenque filii filiaeve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est, emancipatione perdunt.*

Aa 3 Ein

78) §. 8. *Instit. de Adoptionib.*

79) §. 11. *Institut. de hereditat. quae ab intest. def.* Conf. *Ian. a* COSTA in Comm. ad h. loc.

Ein anderer wichtiger Unterschied zwischen leiblichen und adoptirten Kindern äussert sich noch besonders bey Fideicommissen und Vermächtnissen, die auf den Fall, **wenn der Erbe ohne Kinder sterben sollte**, hinterlassen worden sind. Eine solche Bedingung ist nur von leiblichen Kindern zu verstehen[80]), und kann daher, wie **Papinian** im 6. Buch seiner Gutachten sagt[81]), von dem Erben durch Aufnehmung eines fremden Kindes nicht vereitelt werden. Mehrere Differenzen zwischen leiblichen und adoptirten Kindern hat Janus Brants[82]) in der unten angezeigten Schrift angeführt.

§ 153.

Form der bürgerlichen Annehmung an Kindes Statt.

So viel nun hiernächst die **Erfordernisse einer gültigen Adoption** anbetrift, so ist zwischen der eigentlich so genannten **Adoption** und der **Arrogation** ein Unterschied zu machen. Die erstere erfordert

1) die **Einwilligung der Interessenten**, nämlich des adoptirenden sowohl als des leiblichen Vaters, weil jenem kein Erbe wider seinen Willen aufgedrungen werden kann, dieser aber, wenn die Adoption eine vollkommene ist, die väterliche Gewalt verliert[83]). Auf Seiten des **Kindes**

80) *L. 17. §. 4. D. ad SCtum Trebell.* AVERANIUS Interpretat. iur. lib. IV. c. 1. n. 11.

81) *L. 76. D. de condit. et demonstr.*

82) in Diss. de convenientia et differentia liberorum naturalium et adoptivorum. *Lugduni Batavor.* 1785. 4.

83) *L. 5. D. h. t. L. fin. Cod. eodem.*

des hingegen wird eine ausdrückliche Einwilligung nicht erfordert, sondern für hinreichend gehalten, wenn es **nur nicht widerspricht**. Daher kann auch ein **Infans** adoptirt werden[84]). Der Consens des Vaters ergänzt in diesem Falle die Einwilligung des in die Adoption gegebenen Kindes um so mehr, als zu vermuthen ist, daß der leibliche Vater diese Adoption nicht werde geschehen lassen, wenn dieselbe seinem Kinde nicht vortheilhaft wäre[85]). Nothwendig ist jedoch die Einwilligung des Sohnes, wenn desselben Vater ein fremdes Kindes als einen von ihm gebohrnen Enkel annehmen will[86]); *ne ei invito suus heres adgnascatur*, wie Justinian sagt[87]).

2) **Die Bestätigung der competenten Obrigkeit.** Diese muß, wenn die Adoption von einer Frauensperson geschiehet, beym Landesherrn gesucht werden. Ausser dem ist die Auctorität des ordentlichen Richters hinreichend, welcher das Anbringen der Interessenten protocollirt, und nach vorgängiger erforderlichen Untersuchung die Bestätigung mittelst eines Decrets ertheilt[88]). Ehemals erforderte zwar die Adoption noch mancherley Feyerlichkeiten bey den Römern, welche theils öffentlich vor Gericht, wie die Man-

84) *L. 42. D. h. t.*

85) FABER Rational. in Pand. ad cit. L. 42. h. t.

86) *L. 6. D. de adopt.*

87) *§. 7. I. eodem.*

88) Hr. von **Trützschler** in der Anweisung zur vorsichtigen und förml. Abfassung rechtl. Aufsätze I. Th. 2. Hauptabtheil. 3 Hauptst. §. 60. Die hierher gehörigen Formularien findet man in der gedachten **Anweisung** S. 350. N. VII. (der 2. vermehrten und verbesserten Auflage. **Leipzig** 1786.)

Mancipation, theils zu Hause beym Altar der Penaten und vor dem torus genialis vorgenommen wurden, von denen Everhard Otto [89]) ausführlich handelt. Auch bey den Teutschen waren in den ältern Zeiten gewisse Adoptionsfeyerlichkeiten üblich [90]). Allein diese fallen heutiges Tages ganz weg. Die alte Feyerlichkeit der Adoption, die durch solennen Scheinverkauf, und darauf erfolgte Freylassung des Kindes geschahe [91]), wurde schon vom Kr. Justinian [92]) selbst aufgehoben. Nach desselben Verordnung ist die

89) De iurisprud. symbolica Exercit. III. cap. 2. et 5.

90) HEINECCIUS Elem. iur. germ. Tom. I. Lib. I. §. 152. *Polycarp.* LEYSER Observat. diplomat. historic. de adoptione per andelangum. (in EIUS Opuscul. *Norimbergae* 1800. 4. Nr XIII. p. 173. sqq.) Eisners bürgerliche Rechtsgelahrtheit der Teutschen Hauptst. 117. §. 891. Dreyers Nebenstunden. S. 260. ff.

91) CICERO Orat. *pro domo* cap. 13. VALERIUS MAX. Lib. V. cap. 10. nr. 2. GELLIUS Lib. V. *Noct. Atticar.* cap. 19. SUETONIUS in *Augusto* cap. 64. *Ge.* D'ARNAUD var. Conjectur. iur. civ. Lib. II. c. 25. pag. 384.

92) *L. fin. Cod. h. t.* Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes, et duas manumissiones in filiis, aut per unam emancipationem in caeteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes, censemus licere parenti, qui liberos, in potestate sua constitutos, in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionem hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente eo, qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat. Vielleicht hatten den Kaiser die in den Gesetzen der Pandecten hin und wieder vorkommende, und auf jenen ritus mancipationis sich beziehende Formeln dazu veranlaßt. S. *Fr.* BALDUIN. in Iustiniano lib. III. p. 270. 271.

die bloße Erklärung des leiblichen Vaters vor dem competenten Richter, daß er mit der Adoption zufrieden sey, hinreichend, jedoch wird auch die Gegenwart der übrigen Personen ausdrücklich erfordert. Hieraus läßt sich nun die Frage leicht entscheiden, ob die Bestätigung der Adoption von einem jeden Richter geschehen könne? oder ob dieselbe gerade von dem competenten Richter geschehen müsse? Nettelbladt [93]) behauptet das erstere. Allein da diese Bestätigung eine Untersuchung der Sache voraussetzt, und daher als eine Handlung der gemischt willkührlichen Gerichtsbarkeit an den competenten Richter gebunden ist; sodann aber auch die deutliche Vorschrift der Gesetze vorhanden ist, nach welcher von dem competenten Richter die Bestätigung geschehen soll [94]); so ist die Meinung derjenigen, die das letztere behaupten, wohl unstreitig vorzuziehen [95]). Unmittelbare haben daher heutiges Tages die erforderliche Bestätigung bey dem Reichskammergericht, oder Reichshofrath zu suchen. Mittelbare Personen hingegen wenden sich an die Gerichte ihrer Landesherren, unter denen sie stehen. Den Pfalzgrafen kann jedoch, da hier kein kaiserliches Reservatrecht vorhanden, das Recht, Adoptionen mittelbarer Personen zu bestätigen, nicht zugestanden

 wer-

93) im Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit II. Th. §. 964. S. 497. (nach der dritten vermehrten Auflage Halle 1784.)

94) *L. fin. C. h. t.* verb. *apud competentem iudicem manifestare.*

95) STRYCK Uf. Mod. Pand. h. t. §. 5. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts III. Th. S. 358. Hr. von Trützschler a. a. O. §. 59. Not. a.

werden. Dahero auch die Reichsstände die Gültigkeit ihrer Bestätigungen nicht anerkennen [96]).

Die Arrogation hingegen erfordert ausser der Einwilligung der Interessenten, nämlich des Arrogirenden, und desjenigen, welcher arrogiret wird, noch insonderheit die landesherrliche Bestätigung [97]). In den ältern Zeiten der Römer war sogar die Beystimmung des ganzen römischen Volks nöthig, und die Arrogation mußte auf den comitiis curiatis vorgenommen werden. Denn hier galt es das Caput eines freyen Römers, welches ohne Genehmigung des Volks nicht deminuirt, und der Gewalt eines andern unterworfen werden konnte, zumal da die väterliche Gewalt ehemals ein Recht über Leben und Tod der Kinder gab. Daher war auch ehemals bey Arrogationen die Auctorität der Pontificum erforderlich; nicht blos wegen des Antheils, den der Arrogirte an den sacris familiae des Arrogators erhielt, wie Rävard [98]) und Gutherius [99]) glauben; sondern weil bey der Arrogation immer eine Familie erlosch, dem Priestercollegium aber die Sorge oblag, ne sacra privata familiae interirent [100]). Der ganze Act geschahe übrigens durch feyerliche Formeln; wovon

96) STRYCK Us. Mod. Pand. h. t. §. 3. Hr. von Trützschler a. a. O. §. 59. S. 305.

97) *L. 2. pr. D. h. t.*

98) De auctoritate Prudentum cap. 6.

99) De vetere iure Pontific. Lib. II. cap. 5.

100) CICERO *pro domo* cap. 13. *Quid? sacra Clodiae gentis, cur intereunt, quod in te est? quae omnis notio Pontificum, cum adoptarere, esse debuit.* Man vergleiche hier vorzüglich *Ev.* OTTO de Iurisprud. Symbolica Exercit. III. cap. 2. p. 258. sq.

wovon Brissonius [1]) nachzusehen ist. Nicht nur zu den Zeiten des röm. Freystaats, sondern noch unter den Kaisern geschahen die Arrogationen vor dem Volke. Denn noch Cajus [2]) und Ulpian [3]) gedenken derselben ausdrücklich. Auch Gellius [4]), welcher des Cajus Zeitgenosse war. Jedoch erschienen schon seit Cicero's Zeiten die Curien nicht mehr selbst, sondern wurden durch 30 Lictoren repräsentirt [5]). Nach dem neuern römischen Rechte wird die Genehmigung des Kaisers erfordert. Denn durch die Lex regia erhielten die römischen Kaiser nicht nur die höchste Gewalt im Staate, die sonst in den Händen des Volks war, sondern sie bekleideten auch das Amt eines Pontifex Maximus. Daher wurde ihre Auctorität für hinreichend gehalten, welche sie durch Rescripte zu ertheilen pflegten. Wenn

1) de formulis et solennibus Pop. Rom. verbis lib. VIII. n. 36. pag. 701. (edit. *Fr. Car.* CONRADI *Halae* et *Lipsiae* 1731. fol.)

2) *Lib. II. Institut. Tit.* 3. §. 3. (in SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 103) Diesem ist die *L.* 2. *D. h. t.* welche aus CAJI *lib. I. Institutionum* entlehnt ist, nicht entgegen. Denn die Stelle ist offenbar interpolirt, wie man aus Cajus Institutionen lib I. Tit. V. §. 1. bey SCHULTING c. l. pag. 42. deutlich siehet. Ohne Zweifel hat Tribonian statt *populus* nach der Jurisprudenz seiner Zeiten das Wort *princeps* substituirt, wie *Abrah.* WIELING in lection. iuris civ. lib. II. Cap. VII. pag. 108. längst bemerkt hat. Man sehe auch *Herm.* NOORDKERCK Observationum Decad. cap. VII. pag. 139. sqq.

3) *Frag. Tit. VIII.* §. 2. 3. 5.

4) *Noct. Atticar. lib. V. cap.* 19.

5) *Orat. agrar. II. contra Rullum cap.* 12. Conf. WIELING in lection. iur. civ. lib. I. Cap. III. pag. 12. und lib. II. Cap. VII. pag. 109.

Wenn ehe jedoch die ehemalige Arrogation vor dem Volke aufgehört habe, und Principis auctoritas an deren Stelle getreten sey, läßt sich mit vollkommener Gewißheit nicht bestimmen[6]). Sehr wahrscheinlich aber ist es, daß der Kr. Antoninus Pius zuerst die Arrogation der Unmündigen und Weibspersonen durch kaiserliches Rescript erlaubt habe[7]); denn beyde konnten ehemals, wie Gellius[8]) bezeugt, vor dem Volke nicht arrogirt werden. Die Kaiser Diocletian und Maximian[9]) aber verordneten endlich, daß Arrogationen überhaupt anderergestalt nicht, als durch fürstliches Rescript geschehen sollten, und eine auf solche Art geschehene Arrogation sollte eben so gültig seyn, *ac si per populum iure antiquo facta esset*[10]).

Nach heutigen Rechten will man zwar behaupten, daß auch bey Arrogationen des Richters Bestätigung hinreichend sey[11]); allein es läßt sich nicht erweisen, daß das römische Recht hierin durch ein ausdrückliches Gesetz, oder durch einen

6) Man vergleiche *Ioan. van de* WATER Observat. iur. Rom. lib. III. cap 16. *Abr* WIELING lection iuris civ. lib. II. cap. 7. *Herm.* CANNEGIETER Observat. iur. Rom. lib. II. cap. 19.

7) ULPIAN *Fragm. Tit. VIII. §.* 5. bey SCHULTING pag. 590. *L.* 8. *§.* 15. *D. de inoff. testam.* *L.* 17. *§.* 1. *sqq.* *L.* 18. *sqq.* *L.* 32. §. 1. *D. de adopt.*

8) *lib. V. cap.* 19.

9) *L.* 2. *L.* 6. *L.* 8. *et* 9. *Cod. de adoption.*

10) *L.* 2. *Cod. h. t.*

11) SCHILTER Exerc. ad Pand. III th 16. LAUTERBACH in Tractat. de voluntaria iurisdictione (*Tubingae* 1658.) Th. VIII. n. 6. Hr. von Trützschler in der öfters angeführten Anweisung 1. Th. 2. Hauptabtheil. 3 Hauptst. §. 59. not. e. S. 305.

nen allgemeinen und unbestrittenen Gerichtsgebrauch abgeändert worden sey. Nach der richtigern Meinung unserer practischen Rechtsgelehrten [12]) ist daher die Einwilligung des Oberherrn im Staat zur Form und Gültigkeit einer Arrogation auch noch heutiges Tages erforderlich. Unmittelbare des Reichs suchen diese Bestätigung beym Kaiser; Mittelbare aber bey ihrem Landesherrn. Den Pfalzgrafen kann das Recht, Arrogationen zu confirmiren, wenigstens in den Landen der Reichsstände, wegen des daraus entstehenden Nachtheils nicht gestattet werden [13]).

§. 154.

Von der Arrogation der Unmündigen.

Unmündige konnten vor den Zeiten des K. Antoninus Pius auf keine Weise arrogirt werden [14]). Denn die Arrogation erfordert sowohl die persönliche Gegenwart des Anzunehmenden [15]), als desselben ausdrückliche Einwilligung zu

12) STRYCK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 6. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. XX. medit. 4. COCCEJI iure controv. h. t. Quaest. 2. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. e. Nettelbladt pract. Rechtsgelahrtheit §. 965. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 150. Eichmann in den Erklär. des bürg. Rechts III. Th. S. 351. und Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 618.

13) HORN Iur. Publ. cap. 44. §. 6. GRIBNER in Opusc. iuris publici T. I. Sect. II. §. 14. pag. 56. PÜTTMANN Progr. de potestate comit. palatinor. valde restricta.

14) ULPIANUS *Fragm. Tit. VIII.* §. 4.

15) *L. 24. D. h. t.* Neque absens, neque dissentiens arrogari potest.

zu ihrer Gültigkeit[16]). Nun konnten Unmündige weder auf den Volks-Comitien erscheinen, noch eine gültige Einwilligung erklären. Man hielt es auch nicht für rathsam, dem Vormund eine solche Gewalt über seinen Pupillen zu gestatten, daß er, wie Gellius[17]) sich ausdrückt, ein caput liberum, fidei suae commissum, einer fremden Gewalt hätte unterwerfen können. Jedoch verwechsele man mit Unmündigen nicht Minderjährige (*puberes, minores viginti quinque annis*). Diese konnten schon längst vor Antoninus Pius arrogirt werden. Denn so sagt Gellius a. a. O. *adrogari non potest, nisi iam vesticeps*, das heißt, wie es Festus erklärt, pubertate vestitus. Es war hierzu in den ältern Zeiten nicht einmal die Einwilligung des Curators erforderlich, welches jedoch Divus Claudius mit Recht geändert[18]), und Justinian nochmals bestätiget hat[19]).

Allein

16) GELLIUS *lib. V. cap.* 19. Adrogantur ii, qui, quum sui iuris sunt, in alienam sese potestatem tradunt, *eiusque rei* IPSI *auctores fiunt.* Der Arrogandus wurde deshalb mit einer gewissen Formel von dem Oberpriester befragt, welche Cicero *pro domo cap.* 29. anführt. Von dieser und andern bey einer Arrogation ehemals üblich gewesenen feyerlichen Fragen und Antworten soll auch die Handlung selbst den Namen *Arrogatio* erhalten haben, wie aus *L.* 2. *pr. D. h. t.* zu ersehen ist.

17) cit. loc.

18) Modestin *L.* 8. *D. h. t.* sagt: Quod, ne curatoris auctoritas intercederet in adrogatione, ante tenuerat, sub *Divo Claudio* recte mutatum est. Ueber den eigentlichen Sinn und die Interpunction dieses Gesetzes wird viel gestritten. Man sehe nach WIELING Lectiones iuris civ. lib II. cap 8. p. 113. Wahrscheinlich ist hier wohl Kr. Claudius der Andere gemeint,

Allein K. Antoninus Pius[20]) erlaubte zuerst die Arrogation der Unmündigen durch fürstliches Rescript, jedoch nur unter folgenden Einschränkungen.

1) Soll zuvörderst untersucht werden, ob eine anständige Ursache zur Arrogation vorhanden, und diese überhaupt für den Pupillen vortheilhaft sey[21]). Bey dieser Untersuchung ist vorzüglich darauf zu sehen[22]):

a) wie der bisherige Lebenswandel des Arrogirenden beschaffen gewesen?

b) wie alt der Arrogator sey, und ob es nicht schicklicher und besser sey, daß er selbst heyrathe, und Kinder zeuge, als daß er aus einer fremden Familie ein Kind annehme?

c) Wie die Vermögensumstände sowohl des Arrogirenden, als des Pupillen beschaffen sind? um aus der Vergleichung des beyderseitigen Vermögens zu beurtheilen, ob die Arrogation zum Nutzen des Pupillen gereiche, oder ob nicht vielmehr der Arrogator nur sein eigenes Interesse dabey zur Absicht habe?

2) Sol-

meint, welcher im Jahr 268. den Kaiserthron bestieg, und welchen die Kr. Diocletian und Maximian *L.* 1. *C. Ne liceat. potent. patroc.* Divum Claudium, consultissimum Principem, et parentem suum nennen, wie *Petr. de* TOULLIEU Collectan. iur. civ. pag. 269. und PÜTTMANN Interpretat. et Observat. iur. Rom. Cap. XXVI. §. 1. pag. 120. gezeigt haben.

19) *L. ult. Cod. de auctorit. praest.*

20) ULPIANUS *in Fragm. Tit. VIII.* §. 4. S. FROMMANN Diss. de impuberum arrogatione. *Tubing.* 1663. und *Greg.* MAIANSIUS Disputat. T. I. N. 12.

21) *§.* 3. *I. h. t.*

22) *L.* 17. §. 2. *D. h. t.*

2) Sollen die Verwandten des Pupillen mit ihrem Gutachten über die Arrogation gehöret werden, und der Vormund des erstern darein willigen[23]).

3) Soll der Arrogator Caution durch Bürgen leisten, daß er, wenn der Pupill während der Unmündigkeit versterben würde, desselben Vermögen denjenigen zurückgeben wolle, die solches geerbt haben würden, wenn keine Arrogation geschehen wäre[24]). Vermöge dieser Caution erhalten

23) *L. 2. Cod. eodem.* Aus diesem Gesetz erhellet zugleich, daß die bey dieser Arrogation erforderliche Untersuchung zum Ressort der ordentlichen Obrigkeit gehört.

24) §. 3. *I. h. t. L. 18. D. h. t.* Diese Caution mußte bey den Römern einer öffentlichen Person, einem Tabellio, geleistet werden. Anfangs dienten dazu vorzüglich die servi publici; denn es war ein Grundsatz des ältern römischen Rechts, daß man nur durch Sklaven, Niemand aber durch einen freyen Menschen Rechte erwerben könne. *L. 1. Cod. per quas personas nobis acquiritur.* Allein die Kaiser Arcadius und Honorius *L. 3. Cod. de tabul. scribisque* verordneten, daß künftig nicht mehr Sklaven, sondern freye Personen das Amt der Tabellionen versehen, und ausserordentlicher Weise das Recht haben sollten, für einen jeden Bürger zu stipuliren, und demselben Rechte zu erwerben. S. MURETUS *ad §. 3. Institut. de adopt.* und *Greg.* MAIANSIUS in Diss. de impuberum arrogatione §. 15—18. (Tom. I. *Dissertation. iur. civ.* pag. 226. sqq.) Heutiges Tages ist jedoch nicht mehr nöthig, daß eine besondere Person dazu genommen werde, welcher das Versprechen vermittelst der Bürgschaft geschiehet. Sondern es braucht nur über die Bürgschaftsleistung eine Registratur zu den Acten, welche die Arrogationshandlung enthalten, gemacht zu werden; oder man nimmt den Bürgschein zu den Acten, und macht darüber eine Registratur, daß der Aussteller

ten also nicht allein die gesetzlichen Erben des Pupillen, sondern auch der von dem leiblichen Vater desselben bestimmte Folgeerbe (Substitutus) des Pupillen Verlassenschaft, worauf sie sonst nach dem strengen Rechte eigentlich keinen Anspruch machen könnten[25]).

Es

steller desselben ihn, sowohl seinem Inhalt, als Unterschrift nach, anerkannt habe. S. Eichmann's Erklärungen des bürgerl. Rechts III. Theil, S. 364. folg. Die Bürgen bey den Adoptionen heißen in den alten Urkunden der Franken *Andelangi.* S. *Polyc.* LEYSER Obſervat. diplomat. hiſtor. de adoptione per andelangum. §. 5 — 7. (in EIUS *Opuſcul. iurisprud. hiſtoriam, et art diplomatic. illuſtrantib. Norimbergae* 1800. 4. edit. Nr XIII. p. 173. ſqq.)

25) *L. 19. pr. D. h. t.* His verbis ſatisdationis, quae ab adrogatore praeſtari debet: *Ad quos ea res pertinet*, et libertatibus proſpectum eſſe, quae ſecundis tabulis datae ſunt, et multo magis *ſubſtituto ſervo*, item legatariis, nemo dubitat. Nach dem strengen Rechte verliehrt eigentlich die Pupillar-Substitution ihre Kraft durch die Arrogation, *L. 17. §. 1. D. h. t.* Allein durch das Rechtsmittel der Caution wird die Erbschaft des Pupillen dem Folgeerben gesichert. *L. 40. D. de vulg. et pup. ſubſtitut.* Quemadmodum legitimis heredibus auctoritate Principali proſpicitur *vinculo cautionis*, ita ſi forte *ſubſtituit* naturalis pater impuberi, *ſuccurrendum erit ſubſtituto.* Es ist also kein Unterschied zwischen den gesetzlichen Erben des Pupillen, und dem Substituten desselben. Daher ist es falsch, wenn Anton Faber in Iurisprud. Papinian. Tit. X. Princip. I. Illat. 11. pag. 485. ſqq. die oben angeführte *L. 19. h. t.* blos auf einen ſubſtitutum ſervum einschränken, alle andere Pupillar-Substituten aber von dieser Wohlthat der Caution ausschließen will. Der ganze Zusammenhang des Gesetzes hätte ihn lehren können, warum nur des ſubſtituti ſervi vorzüglich gedacht worden, und daß dieses nicht ausschließend zu verste-

hen

Es verstehet sich jedoch, daß der Arrogirte in der Unmündigkeit versterben müsse, wenn die Wohlthat der Caution von Wirkung seyn soll[26]). Denn erlebte er die Pubertät, so würde das pupillarische Testament, welches von dem leiblichen Vater des Pupillen gemacht worden, auf jeden Fall über den Haufen fallen müssen, wenn auch gleich keine Arrogation geschehen wäre[27]). Diesem stehet auch nicht entgegen, daß der Arrogirte, wenn er gleich die Pubertät erreicht hat, dennoch, so lange er in des Arrogators väterlichen Gewalt bleibt, als Filiusfamilias nicht testiren könne. Denn man darf nicht aus der Acht lassen, daß der Arrogirte nach erlangter Pubertät um seine Entlassung (Emancipa-

hen sey. Ganz recht sagt daher Abraham Wieling in *Lectionib. iuris civ.* lib. II. cap. 8. S. 156. über die *L.* 19. *h. t.* Duplex indicatur cautionis sensus: unus *directus* et primarius, secundarius alter et *per interpretationem* a Iurisconsultis adiectus. *Priori* sensu heredes intelliguntur, quibuscum suo iure testamenti factio est, tum legitimi, tum substituti testamentarii. *L.* 70. §. 1. *D. de Verb. Signif.* ibique *Guil.* FORNERIUS: sensu vero *posteriori* legatarii, aliive a testatore honorati; inter quos non solum censentur servi, secundis tabulis manumissi; sed multo magis qui impuberi a patre sunt substituti. Nach dieser ganz natürlichen und richtigen Erklärung ist nun auch nicht nöthig, das Wort *servo* in L. 19. mit Gerh. Noodt in Comment. ad Dig. h. t. auszustreichen. Man sehe übrigens noch *Ian. a* COSTA in Comment. ad §. 3. I. h. t. *Io.* ALTAMIRANUS ad Libr. X. Quaestion. *Scaevolae* Tr. X. §. 5. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 502.) u. Westphal von Testamenten §. 713.

26) *L.* 20. *D. h. t.* Haec autem satisdatio locum habet, si impubes decessit.

27) *L.* 93. *D. de legat.* 1.

cipation) anhalten kann [28]). Thut er nun dieses nicht, sondern bleibt gerne in der Gewalt seines Arrogators, so können sich desselben gesetzmäßige Erben über kein Unrecht beschweren, da sie es auch nicht hätten hindern können, wenn der Arrogirte sich erst als Pubes hätte aufnehmen lassen [29]).

4) Wenn der Arrogator das unmündige Kind ohne rechtmäßige Ursache emancipirt, oder im Testament enterbt, so soll dem Kinde nicht nur sein zugebrachtes Vermögen wieder herausgegeben, sondern noch überdieß der vierte Theil des ganzen Vermögens des Arrogators überlassen werden, welcher daher die *Quarta Divi Pii* genennet wird [30]). Diese können auch die gesetzmäßigen Erben des Kindes von den gesetzmäßigen Erben des Arrogators fordern, wenn das arrogirte Kind nach dem Vater binnen den Jahren der Unmündigkeit verstirbt [31]). Ja sie gebührt den Erben des Arrogirten sogar auch alsdann, wenn gleich derselbe noch vor dem Arrogator verstorben wäre, im Falle nämlich das

 Kind,

28) *L.* 32. *pr.* et 33. *D. adopt.* *L.* 3. §. 6. *D. de Minorib.*

29) E. FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. X. princip. I. Illat. 11. pag. 488. sq. *Hieron. de* OROZ Apices iur. civ. Lib. V. cap. 6. nr. 9. pag. 371. u. MAJANSIUS cit. Diss. §. 19. et 20.

30) §. 3. *in fin. I. h. t.* *L.* 2. *Cod. eod.* *L.* 8. §. 15. *D. de inoff. testam.* Von dieser Quarte des *D. Pius* handeln *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. X. Princ. I. Illat. 12. pag. 489 — 502. *Ed.* CALDERA Variar. Lectionum Lib. III. cap. 1. (Tom. III. *Thes. Meermann.* p. 620. sqq.) und *Lud. God.* MADIHN in Diss. de quarta D. Pii eiusque usu hodierno. Traj. cis Viadr. 1776.

31) *L.* 22. *pr. D. h. t.*

Kind, während seiner Unmündigkeit, von dem letztern widerrechtlich emancipiret worden seyn sollte [32]. Die wegen dieser Quarte zustehende Klage ist nicht die Inofficiositätsklage, sondern die *Condictio ex L. 8 §. 15. D. de inoff. testamento*, oder, wie sie auch genennt wird, *condictio ex constitutione Divi Pii* [33]). Uebrigens darf diese Antoninianische Quarte, wie sie Frommann [34]) nennt, nicht nach den Grundsätzen, die von dem Pflichttheile der Notherben gelten, mit welchem dieselbe angesehene Rechtsgelehrte [35]) irrig verwechselt haben, beurtheilet werden [36]).

§. 155.

32) FABER a. a. O. pag. 501. sagt daher ganz richtig: *Quarta D. Pii, licet non aliorum bonorum sit, quam eorum, quae mortis tempore in adrogatoris hereditate reperientur, tamen iam inde a tempore factae per adrogatorem emancipationis iniustae, ac proinde vivo adhuc adrogatore ipso debetur, usque adeo ut si interim adrogatus decedat, petitionem eius ad heredem suum transmittat.*

33) Schmidt im pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen, §. 565. ff. S. 269. u. folg.

34) Diss. de quarta Antoniniana. *Tub.*

35) BACHOV ad Treutlerum Vol. I. Disp. II. Th. 9. lit. E. *Petr. de* GREVE in Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora, Exercit. I. Obs. 22. pag. 21.

36) Den Unterschied zwischen der Quarte des Divus Pius, und dem Pflichttheile der Notherben zeigen *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinian pag. 501. *Car. Christ.* ZANDERS in Specim. acad. inaug exhib. quaestiones quasdam iuris civ. Rom. *Lugd. Batavor.* 1784. Quaest I. u. *Lud. Godofr.* MADIHN in Princip. iuris Rom. Part. V. §. IX. pag. 15.

§. 155.

Heutiger Gebrauch der Lehre von der Adoption.

Daß es noch heutiges Tages römische Adoptionen gebe, und geben könne, ist an sich keinem Zweifel unterworfen. Denn einmal ist ihnen kein teutsches Gesetz entgegen; und dann zweytens kann man auch nicht sagen, daß die röm. Rechtslehre von der Adoption auf Grundsätzen beruhe, die dieselbe in Teutschland unanwendbar machten[37]). Vielmehr beweisen die von solchen Adoptionen in den Schriften der practischen Rechtsgelehrten vorkommenden Beyspiele genugsam den heutigen Gebrauch derselben[38]). Es kann indessen nicht geläugnet werden, daß die Fälle bey uns in Teutschland so häufig nicht sind, als sie bey den Römern waren[39]). Denn gesetzlich vorgeschriebene Sorge für die Erhaltung der

 sacro-

37) PHILIPPI usus pract. Institut. Iustin Lib. I. Tit. XI. Eclog. 73. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 9. und EMMINGHAUS ad *Eundem:* not. m. pag. 120. wo die gegenseitige Meinung des THOMASIUS in Diss. de usu pr. Tit. J. de adoptionibus cap. 2. widerlegt wird.

38) Beyspiele von Adoptionen unter Privatpersonen haben KULPIS de adoptionibus §. VII. *I. H.* BOEHMER T. III. P. 2. Resp. 12. *de* CRAMER Obs iur. univ. T. I. Obs. 26. et T IV. Obs. 1235. PUFENDORF T. III. Obs. 46. Strubens rechtl. Bedenken II. Th. Bed. 62. Eisenhardts Erzählungen von besondern Rechtshändeln 3. Th. Nr. 3. u. STRYK Us mod Pand. h. t. § 3 Lib IV. Tit. 5. § 6. Den Gebrauch der Adoptionen unter Personen von hohen und niedern Adel bezeugen. STRUVE Iurispr. heroic P. III. cap. 5. Sect. 1. 2. 3. Moser im Familienstaatsrecht Th. 2. Kap. 17. §. 120. und *Casp.* LERCH de ordine equestri P. I. n. 12.

39) *Polyc.* LEYSER Observat. diplomat. histor. de adoptione per andelangum. §. 1. (in EIUS *Opuscul. ad iurisprud. histor. et art. diplomat. pertinent.* pag. 173. sq.)

ſacrorum familiae privatorum, Strafen kinderloſer Ehen, Streben nach dem plebejiſchen Tribunate, und ausgezeichnete Vorrechte der väterlichen Gewalt, wodurch die Römer vorzüglich zu Adoptionen gereitzet wurden [40]), fallen heutiges Tages um ſo mehr weg, da nach dem Juſtinianeiſchen Rechte nicht einmal eine jede Adoption die väterliche Gewalt wirkt. Da jedoch Adoptionen in den vorkommenden Fällen jederzeit nach den Grundſätzen des römiſchen Rechts zu beurtheilen ſind, wie unſer Hr. Verf. ganz richtig bemerkt [41]), ſo zweifle ich ſehr, ob Hommel's [42]) Begriff von der heutigen Adoption Beyfall finden möchte, wenn er ſagt: mihi *adoptio hodierna* vix aliud videtur, quam pactum ſucceſſorium ea conditione initum, ut adoptatus nomen adoptantis gerat.

Die teutſche **Einkindſchaft** (unio prolium) hat zwar in Anſehung ihrer Form und Wirkungen mit der Adoption viel übereinſtimmendes, ſie iſt aber doch noch immer von der letztern ſehr verſchieden [43]), wie zu ſeiner Zeit umſtändlicher auseinander geſetzt werden wird. (§. 1665.)

Ich bemerke nur noch zum Beſchluß dieſer Lehre, daß ein Adoptirter auch heutiges Tages, ſo wie bey den Römern,

40) *Imm. Gottl.* GROSSERI Diſſ. de praecipuis adoptandi cauſis apud veteres Romanos. *Lipſiae* 1746.

41) Man ſehe auch **Runde** Grundſätze des allgem. teutſchen Privatrechts §. 618.

42) Rhapſod. quaeſtion forenſ. Vol. V, Obſ. 661. n. 5. p. 279.

43) S. **Wilh. Gottl. Taſinger** über die Lehre von der Einkindſchaft (**Nürnberg** 1785. 8.) §. 20—25. und § 32—24. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 609. 610. 611.

mern[44]), einen doppelten Namen führt. Der erste Name ist gewöhnlich der Name des Adoptivvaters, der zweyte aber der Familienname, welcher vor der Adoption geführt worden ist. Zwischen beyde wird das Wort genannt gesetzt, welches also soviel heißen soll, als sonst genannt: z. B. von Günderrode genannt von Kellner; Sinold genannt Schütz; Leerse genannt Sarasin.

§. 156.

Von Endigung der väterlichen Gewalt.

Wir haben bisher von den Entstehungsarten der väterlichen Gewalt gehandelt, und müssen nun noch nach Anleitung unsers Verfassers zeigen, wie dieselbe aufhöre. Unser Verf. stellt hier den Grundsatz auf, woraus alle die verschiedenen Arten der Aufhebung der väterlichen Gewalt herfließen sollen, nämlich: die väterliche Gewalt besteht nach dem Röm. Rechte in einem Eigenthume, und endiget sich also auf eben die Art, wie das Eigenthum aufhört. Allein nicht zu gedenken, daß sich nicht einmahl mit Grunde behaupten läßt, daß nach dem neuern Röm. Rechte die väterliche Gewalt noch in einem wirklichen Eingenthume bestehe, geschweige denn nach dem heutigen Rechte, so lassen sich auch daraus bey weitem nicht alle Aufhebungsarten der väterlichen Gewalt herleiten. Hört denn z. B. nach den positiven Rechten das Eigenthum mit dem Tode oder durch irgend eine Würde, so wie die väterliche Gewalt, auf? Es läßt

44) Z. B. Scipio Aemilianus, Iulius Caesar Octavianus, Metellus Pius Scipio. Hier ist der angebohrne Familienname immer der letztere, vor diesem steht der Adoptivname. S. *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. et Opinion. Lib. III. cap. 3. FABRETTUS Inscription. cap. IV. p. 318. SPANHEMIUS de praestantia et usu numismat. Diss. X. p. 77.

sich also hier kein allgemeines Princip nach Röm. Rechten aufstellen.

Die väterliche Gewalt kann nun auf mancherley Art aufhören [45]). Sie endiget sich

1) durch den Tod des Paterfamilias, und zwar dergestalt, daß wenn der Vater stirbt, desselben Söhne und Töchter hierdurch allemahl sui iuris werden. Stirbt aber der Großvater, so werden die Enkel anders nicht gewaltfrey, als wenn ihr Vater schon vor dem Großvater gestorben, oder von diesem emancipirt worden ist. Denn wenn dieser noch lebt, und nun erst selbst durch des Vaters Tod sein eigener Herr wird, so kommen die Enkel jetzt in ihres Vaters Gewalt [46]). Sie wird

2) durch Capitisdeminution (§. 128.) verlohren; und zwar a) durch die grössere, wenn der Vater oder der Sohn die Freyheit oder die bürgerlichen Rechte verliert; b) durch die geringere, welche durch Arrogation geschiehet, denn die Kinder des Arrogirten kommen in die väterliche Gewalt des Arrogators (S. 361). Teutsche Leibeigenschaft und Relegation heben jedoch die väterliche Gewalt nicht auf [47]). Auch feindliche Gefangenschaft setzte sie

45) *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. XI. THOMASII Diss. de usu practico tituli Institution. quibus modis ius patriae potestatis solvitur. *Halae* 1716. *de* SENCKENBERG Diss. iura egressus e patria potestate rom. et germ. *Giessae* 1743. (in EIUS *Semestrib.* Nr. 9.) *Io. Wilh.* SCHÜTZE Diss. sist. origines et fata doctrinae de egressu liberorum ex potestate parentum ex fontib. iuris germ. eruta. *Goettingae* 1796.

46) *pr. I. quib. mod. ius patr. pot. solvit.* *L. 5. D. de his qui sui vel al. iuris sunt.*

47) *L. 4. D. de interd. et relegat.* LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22. Nur in Ansehung der ewigen Lan-

sie bey den Römern nur ausser Activität; das ius postliminii hingegen brachte alles wieder in den vorigen Stand zurück [48]). Allein Reichsacht wird noch heutiges Tages dem bürgerlichen Tode gleich geachtet [49]). Die väterliche Gewalt hört ferner

3) durch **freywillige Begebung** derselben auf, welche theils durch Einwilligung in eine vollkommene Adoption, theils durch Emancipation geschiehet, von welcher §. 157. ff. ein mehreres. Die unvollkommene Adoption hebt die väterliche Gewalt nicht auf. Die **vollkommene** hebt sie auch nur in Ansehung des Vaters auf, denn der Sohn wird nicht sui iuris, sondern kommt dadurch nur in eines Andern väterliche Gewalt.

4) Nach dem neuern Röm. Rechte befreyen auch gewisse Würden und Ehrenstellen von der väterlichen Gewalt [50]). Dahin gehört a) die **Patriciatwürde**. Diese

Landesverweisung findet alsdann eine Ausnahme Statt, wenn sie mit der Fustigation verbunden ist. Siehe BERGER Oecon iur. lib. I. Tit. III. §. 16. SCHILTER Ex. III. ad Pand. §. 10. u. *Io. Tob.* RICHTER in select. iur. princip. Diss. II. §. 8.

48) ULPIANUS *Fragm. Tit. X. §. 4.* CAIUS *Instit. lib. I. Tit. 6. §. 2. §. 5. Institut. Iustinian. quib. mod. ius p. p. sol.*

49) Cammer-Gerichtsordn. de 1555. P. II. Tit. 9. §. 2.

50) Nach dem alten Röm. Rechte konnte der Sohn die höchsten Würden im Staate bekleiden, und er ward dadurch doch nicht von der väterlichen Gewalt befreyt. DIONYS HALICARN. *Antiquit. Rom.* Lib. II. p. 96. Nur einige priesterliche Würden waren privilegirt: z. B. die eines Flaminis Dialis und einer virginis Vestae. ULPIAN. *Fragm.* Tit. X. §. 5. GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. I. cap. 12.

Würde kam erst unter Constantin dem Großen auf, und war den vornehmsten kaiserlichen Räthen bey Hofe eigen [51]. Sie heissen daher auch patres imperatoris. Justinian [52]) rühmt von sich, daß er zuerst durch seine Constitution [53]) der Patriciatwürde diese Prärogativ beygelegt habe, daß sie von der väterlichen Gewalt befreyet. Jedoch macht das Zeugniß des Cassiodorus [54]), welcher schon vor Justinian unter den gothischen Königen Theodorich und Atalarich lebte, die Sache etwas zweifelhaft [55]). b) Das Consulat; c) die prätorianische Präfectur, d) die Präfectur über die Stadt; e) das Feldmarschallamt (*magisterium militum*); f) die Bischofswürde; g) das Fiscalat (*patrocinium fisci*), und überhaupt alle Würden sollten jenes Privilegium mit sich führen, welche von der Verbindlichkeit, Decurio zu werden, befreyeten [56]). Von verschiedenen dieser Würden wird in eigenen Titeln der Pandecten gehandelt, wovon zu seiner

51) *Octavian.* GENTILIUS de patriciorum origine, varietate et iuribus lib. II. cap I. pag. 143. *Mich. Conr.* CURTIUS Commentar. de Senatu Rom. post tempora reipublicae liberae (*Halae* 1768.) lib. IV. cap. 6. § 93.

52) §. 4. *I. quib. mod. ius patr. pot. solv.*

53) *L. ult. Cod. de Consulib. Nov.* LXXXI.

54) *Variar. epist. lib. VI.* 2. wo die Worte vorkommen: *quod leges illis* (Patriciis) *tantam reverentiam detulerunt, ut in sacris positus, cum hoc fuerit honore praecinctus, paternae potestatis nexibus exuatur.*

55) *Bern. Henr.* REINOLDUS Varior. cap. 19. in *Opuscul. iurid.* a IUGLERO editis pag. 146 — 151. sucht den Justinian und Cassiodor mit einander zu vereinigen.

56) Hiervon ist *L. ult. Cod. de decurionib.* nachzusehen.

seiner Zeit ein mehreres. Man behauptet, daß heutiges Tages die Stelle eines Ober Officiers [57], ferner die Würde eines Reichs-Cammergerichts-Beysitzers, eines Reichs-Hofraths, eines landesherrlichen geheimen Raths, und andere diesen ähnliche Chargen [58], keineswegs aber der geistliche Stand [59], auch nicht die Doktorwürde [60], von der väterlichen Gewalt befreyen. Allein mir scheint diejenige Meinung die richtigste zu seyn [61], welche annimmt, daß heutiges Tages Würden und Aemter an sich von der väterlichen Gewalt nicht befreyen, sondern nur eine Veranlassung dazu geben können, wenn nämlich der Sohn, welcher ein öffentliches Amt erhalten, sich von dem Vater trennt, und seine eigene Haushaltung anstellt. Es ist daher unnütz, zu untersuchen, welche Würden und Aemter heutiges Tages mit denjenigen, welchen Justinian jene Prärogativ beygelegt hatte, zu vergleichen seyen?

5) Kann

57) *Io. Balth. L. B. a* WERNHER Observat. select. forens. Tom. III. Part. II. Obs. 344. Allein RICHTER cit. loc. §. XI. verwirft diese Meinung.

58) BERLICH Conclus. pract. Part. II. Conclus. XI. n. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 616. Insonderheit geben Siegel im Fürsichtigen Wechselgläubiger Kap. II. §. 15. S. 46. und *Io. Tob.* RICHTER in select. iuris princip. Diss. 2. §. 9. die Regel: Eine jede heutige Würde, die mit denjenigen Dignitäten, welche nach dem röm. Rechte von der väterlichen Gewalt befreyen, verglichen werden kann, habe auch noch heutiges Tages die nämliche Wirkung.

59) LAUTERBACH Colleg. pr. Pandect. h. t. §. XXVII.

60) LAUTERBACH c. l. §. 26. HARPPRECHT in Comm. ad Institut. tit. quib. mod. ius p. p. solvit. § 4. KAESTNER Progr. an doctoralis dignitas liberet a patria potestate? *Lipsiae* 1723.

5) Kann auch das Recht der väterlichen Gewalt, so wie ein jedes anderes Recht, durch Nichtgebrauch verlohren gehen. Unschicklich ist es, wenn unser Verf. sagt: durch Usurpation. Denn versteht man unter Usurpation [62]) die Anmassung und Ausübung eines fremden Rechts ohne Rechtsgrund; so kann ja dieselbe kein Mittel seyn, Rechte zu verlieren oder zu erwerben. Davon ist auch in den, in der Note d. von unserm Verf. angeführten, Gesetzstellen [63]) gar nicht die Rede. Diese enthalten solche Fälle, wo das Kind sich als ein homo sui iuris ohne Widerspruch des Vaters aufgeführt hatte. Hier wird gesagt, der Vater sey eben deswegen, weil er dieses eine geraume Zeit habe geschehen lassen, ohne die Rechte der väterlichen Gewalt in Ausübung zu bringen, nun mit der Präjudicialklage de patria potestate nicht mehr zu hören. Denn diese kann, wie jede andere Klage, verjährt werden. In diesem Falle kann auch der Vater nach dem Tode des Sohnes das von demselben hinterlassene Testament nicht als ungültig anfechten [64]). Soll jedoch das Recht der väterlichen Gewalt durch Nichtgebrauch erlöschen, so wird dazu zweyerley erfordert,

61) *de* SELCHOW in Element. iuris germ. privati hod. §. 500. not. 3. Höpfner im Commentar über die Institutionen § 163. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts 3. Th. S. 388. u. *L.* G MADIHN Princip. I. Rom. P. V. § 20.

62) Es versteht sich, daß Usurpation hier nicht in der Bedeutung, wie in der Lehre von der Usucapion, genommen werden kann. *L. 2. D. de usurpat. et usucap.*

63) *L. 25. princ. D. h. t. L. 1. Cod. de patr. potest.*

64) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. *ad L. 25. D. h. t.* STRYK Diss. de non usu iuris quaesiti Cap. II. n. 37.

fordert, 1) der Verlauf der gewöhnlichen Verjährungszeit, und 2) die ungehinderte Gelegenheit, sich binnen dieser Zeit seines Rechts zu bedienen [65]). Das Erforderniß der Zeit ist zwar in den Gesetzen deutlich nicht bestimmt, denn die *L. 1. Cod. de patr. pot.* sagt nur: *cum diu passus sis* etc. allein man versteht dieses vermöge der Glosse von einer Zeit von zehen oder zwanzig Jahren [66]). Hieraus folgt weiter, daß wenn die Ausübung der väterlichen Gewalt durch Abwesenheit, oder Wahnsinn des Vaters gehindert wird, in solchem Falle der Nichtgebrauch keinen Verlust derselben nach sich ziehen könne [67]).

6) Wird auch die väterliche Gewalt zur Strafe verlohren, wegen solcher unerlaubter Handlungen des Vaters, wodurch er sich der väterlichen Gewalt unwürdig gemacht hat. Hierher gehört,

a) wenn er die Töchter zwingen will, sich, als Huren, andern Preiß zu geben [68]).

b) Wenn er die Kinder aussetzt [69]).

c) Wenn er zu einer zweyten Ehe schreitet, und diese blutschänderisch ist [70]).

Ich

65) STRYK cit. Differt. Cap. III.

66) Arg. *L. 16. §. 3. D. Qui et a quibus manumissi* etc. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. C. de patr. pot. MEIER Colleg. iur. argentorat. h. t. §. 99.

67) VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12. et 13.

68) *L. 6. C. de spectac. L. 12. Cod. de episcop. aud.*

69) *L. 2. C. de infant. exposit. Nov. CLIII. cap. 1. Cap. un. X. de infant. exposit.*

70) *Nov. XII. cap. 2.*

Ich bemerke noch hierbey,

a) daß die Enterbung der Kinder keine Handlung sey, wodurch die väterliche Gewalt aufgehoben wird. Daher kann der Vater auch den enterbten Kindern einen Vormund im Testament ernennen, und ihnen pupillarisch substituiren [71]). Auch endiget

b) die Ehe der Söhne und Töchter nach dem römischen Rechte die väterliche Gewalt nicht. In Ansehung der Söhne ist die Sache ausser allem Streite, daß sie durch ihre Verheyrathung nicht von der väterlichen Gewalt befreyet worden sind [72]). Die Frau, welche einen Filiusfamilias heyrathete, kam durch die Ehe zugleich in die Gewalt ihres Schwiegervaters, und wurde sua heres von demselben [73]). Allein in Ansehung der Töchter wird darüber gestritten [74]). Der Streit ist jedoch leicht zu entscheiden, wenn man einen Unterschied macht, ob die Ehe auf die alte feyerliche Art, wodurch die Frau in manum mariti kam, geschlossen wurde, oder nicht. Im ersten Falle gieng die Tochter aus der Familie und Gewalt ihres Vaters. Dieses bestätiget Ulpian [75]) deutlich, wenn er sagt, die Frau leide per conventionem in manum eine capitis deminutionem minimam, und ändere statum familiae paternae; und

71) *L. 4. pr. L. 26 §. 2. et L. 31. D. de testam. tutela. L. 1. §. 2. L. 10. §. 5 D. de vulg. et pup. substit.*

72) §. 9. *I. quib. mod. ius pat. pot. solv.*

73) ULPIANUS *in Fragm. Tit. XXII. §. 14.* CAIUS *in Collat. legum Mosaicar. et Rom. Tit. XVI. §. 2.* GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XVIII. cap. 6.

74) *Georg.* D'ARNAUD variar. coniectur. iuris civ. lib. I. cap. 29.

75) *in Fragm. Tit. XI. §. 13.*

und Cajus [76]) sagt: *uxor, quae in manu mariti est, ei sua heres est, quia* FILIAE LOCO *est.* Allein im zweyten Falle wurde durch die Ehe der Tochter die väterliche Gewalt nicht aufgehoben [77]), sondern nur, so lange die Ehe dauerte, suspendirt. Sie wachte wieder auf, sobald die Ehe getrennt worden [78]). Dies hatte sehr wichtige Folgen, denn überlebte die Tochter den Vater, so beerbte sie ihn, und starb sie vor ihm, so fiel die dos profectitia derselben an den Vater zurück [79]). Wurde die Tochter währender Ehe von Jemanden beschimpft, so konnte der Vater deshalb so gut, als der Ehemann, eine Injurienklage anstellen [80]). Ja, war die Tochter Wittwe, und noch nicht 25 Jahre alt; so konnte sie, wenn sie auch die Freyheit der Emancipation genoß, dennoch ohne Einwilligung des Vaters zur zweyten Ehe nicht schreiten [81]). Daß die Verheyrathung der Söhne, sofern sie sich nicht zugleich von dem Vater trennen, und eine eigene Haushaltung anstellen, die väterliche Gewalt heutiges Tages nicht endige, ist eine von allen Rechtsgelehrten anerkannte Wahrheit [82]). Ob aber die Töchter durch ihre Verehelichung nach heutigen Rechten aus der väterlichen Gewalt gehen, ist eine Frage,

76) *Institut. Lib. II. Tit. 8. princip. et in Collat. LL. Mosaic. et Rom. Tit. XVI.* §. 2.

77) PUFFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs 99.

78) *Lud. God* MADIHN Princip. iur. Rom. P. V. §. 20.

79) *L. 6. pr. D. de iur. dot. L. 2. §. 1. D. solut. matrim.* L. 4. *Cod. eodem.* Struben rechtl. Bedenken 3. Th. N. XIX.

80) *L. 1. §. ult. D. de iniur.*

81) *L. 18. Cod. de nupt.*

82) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 163. nr. 4. S. 190.

Frage, die zwar von einigen verneinet [83]), von den meisten heutigen Rechtsgelehrten aber bejahet wird [84]). Ein mehreres hievon wird beym 161. §. vorkommen.

§. 157.

Begriff und Gattungen der Emancipation der Kinder.

Hauptsächlich wurde jedoch die väterliche Gewalt bey den Römern durch die Emancipation [85]) geendiget. Man versteht darunter diejenige bürgerliche Rechtshandlung, da Kinder, und zwar der Regel nach mit ihrer Einwilligung, durch die ausdrückliche und gesetzmäßige Erklärung des Vaters aus desselben Gewalt entlassen werden. Das Wort kommt von mancipium [86]) her, *quasi e mancipio datio. Mancipium* aber hieß soviel als Eigenthum, insbesondere aber das eigentliche bürgerliche Eigenthum, *dominium quiritarium* [87]). Ein solches erforderte einen feyerlichen Act, wodurch das quiritarische Eigenthum auf einen andern Bürger übertragen wurde; und diese Handlung wurde *mancipatio* genennt, quasi rei, quam

83) MADIHN a. a. O.

84) VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 13. und PUFFENDORF T. I. Obs. 99. §. 8 — 10. ibique allegati.

85) *Ger.* SCHELTINGAE Dissertat. duae de emancipationibus. *Franequerae* 1730. 1731. (in FELLENBERG *iurisprud. antiqua* T. II. n. XVIII p. 461. sqq.) *Io. Casp.* HEIMBURG difficillima emancipationis romanae et germanicae capita. *Ienae* 1742. 4.

86) BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *mancipium.*

87) *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejustin. pag. 619. not. 2.

quam alter manu capit, traditio, wie es Isidor[88]) erklärt. Nach dieser ursprünglichen Bedeutung des Worts wird zwischen mancipatio und emancipatio kein Unterschied gemacht. Denn wenn Justinian sagt[89]), daß in den ältern Zeiten die Testamente *per emancipationem* wären errichtet worden, so drückt Gellius[90]) dieses aus, *per mancipationem.* Zu bemerken ist jedoch, daß das Wort *mancipatio* nur eigentlich die Idee eines Verkaufs ausdrückte, aber nicht die Bedeutung einer Befreyung aus eines andern Gewalt hatte. Daher ist es gekommen, daß die solenne Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt nie mancipatio, sondern allemal *emancipatio* genennet wird. Und Ulpian[91]) unterscheidet eben darum mancipari und emancipari sehr accurat, wenn er sagt: *Liberi parentum potestate liberantur* EMANCIPATIONE, *id est, si posteaquam* MANCIPATI *fuerint, manumissi sint.* Schon aus der Etymologie des Worts erhellet also, daß a) eine ausdrückliche Erklärung des Vaters zur Emancipation erfordert werde. Noch mehr aber bestätigen uns hierin die Kaiser Diocletian und Maximian[92]), wenn sie sagen: *Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solenni vel casu liberantur: nec causae, quibus motus pater emancipavit filium, sed actus solemnitas quaeritur.* Daher irren diese-

88) *Lib. V. Originum cap.* 25. — Mancipatio dicta est, quia res manu capitur.

89) §. 1. *I. de testam. ordin.*

90) *Noct. Attic. lib. XV. cap.* 27.

91) *Fragm. Tit. X.* §. 1.

92) *L.* 3. *Cod. de emancipat.*

diejenigen[93]) sehr, welche eine stillschweigende Emancipation annehmen[94]), wie schon der sel. Canzler Böhmer[95]) und Diederich von Ruyven[96]) gründlich gezeigt haben. b) Muß die väterliche Willenserklärung auch auf eine

93) LEYSER Specim. XXI. med 2. et CLXIV. med 5. *Georg. Frid.* KRAUSE Different. emancipationis tacitae romanae et germ. *Vitemb.* 1759. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. 2. §. 22.

94) Sie berufen sich hauptsächlich auf die *L.* 25. *D. h. t.* und *L.* 1. *C. de patr. pot.* Allein das erste Gesetz kann auch eben so gut von einer ausdrücklichen Emancipation verstanden werden, welche der Vater nach dem Tode der Tochter unter dem Vorwande anfechten wollte, als ob sie nicht auf die gesetzliche Weise, und in Gegenwart von Zeugen geschehen sey. Diese Klage soll nach dem Tode der Tochter nicht mehr Statt finden. Billig, *quia sibi debet imputare* (pater), wie *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. 25. sagt, *cur non moverit eam quaestionem filiae viventi, quae et causam suam tueri potuisset melius, et victa quoque extorquere a patre perpetuis obsequiis aliam iustamque emancipationem.* Nach dem andern Gesetz aber soll ein Vater, welcher es geschehen lassen, daß sein Sohn sich lange Zeit als Paterfamilias aufgeführet hat, mit der Präjudicialklage de patria potestate gegen den Sohn nicht mehr gehöret werden. Warum? weil die Klage alsdenn verjährt ist. Also nicht der stillschweigende Wille des Vaters ist hier die Ursache von der Befreyung des Sohns aus der väterlichen Gewalt. S. Eichmanns Erklärungen III. Th. S. 389. ff. HEIMBURG cit. Diss. §. VII — IX.

95) Diss. de statu liberorum sui iuris factorum per separationem vel nuptias Cap. II. §. 15. (in *Exercitat. ad Pandect.* T. I. pag. 944.)

96) Diss. de emancipatione tacita, Romanis incognita. *Groeningae* 1781.

eine gesetzmäßige Art geschehen. Daher ist die Emancipation in Rücksicht ihrer Form von dreyerley Art, nämlich die alte, die Anastasianische und Justinianeische.

§. 158.

Beschreibung der alten Emancipation nach ihrer Form und Wirkung.

Die alte Emancipation geschahe durch feyerlichen Verkauf, und darauf erfolgte Freylassung des Kindes. Bey Söhnen mußte dieß dreymal wiederholt werden; andere Kinder hingegen, nämlich Töchter und Enkel, wurden schon durch eine Mancipation, und darauf folgende Manumission, sui iuris [97]). Daß anfänglich dieser Verkauf ein wahrer, kein Scheinhandel gewesen, haben Oiselius [98]) und Schelringa [99]) sehr wahrscheinlich gemacht. Es ist auch die bekannte Stelle der zwölf Tafeln: *Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto*, unstreitig noch von einem wirklichen Verkauf der Kinder zu verstehen, wie gegen die Zweifel des Hieron. Aleanders [100]), und Jacob Gothofred's [1]), von Anton Schulting [2]) gründlich ist erwiesen worden. Allein durch die Auctorität und Ausle-

gung

97) ULPIAN *Fragm. tit.* X. §. 1. CAIUS *Institut. lib.* I. *Tit.* 6. §. 3.

98) *ad* CAJI *Institut. lib.* I. *Tit.* 6. §. 3. *not* 33. bey SCHULTING in Iurispr. Antej. pag. 54.

99) Diff. I. de emancipationibus Cap. II. §. 2 — 12.

100) *ad Caji Institut. lib.* I. *Tit.* VI. §. 3. *not.* 42. bey SCHULTING a. a. O. pag. 56.

1) in Notis ad LL. XII. Tabb. Tab. IV.

2) *ad* ULPIANI *loc. cit.* in Iurispr. Antejust. pag. 592. not. 5.

gung der römischen Rechtsgelehrten wurde der vormalige wirkliche Verkauf in einen erdichteten verwandelt. Die Feyerlichkeit dieses Acts bestand nun darin[3]) Der Vater verkaufte zum Schein seinen Sohn vor der Obrigkeit an einen Bürger in Gegenwart einiger Zeugen, deren weniger nicht, als fünf seyn durften, die auch römische Bürger und alle manubar seyn mußten. Die Formel war: *mancupo tibi hunc filium, qui meus est.* Der Käufer ergriff hierauf den Sohn bey der Hand, zeigte dem Vater desselben eine Münze vor, die ohngefähr ein Sesterz seyn mochte, und sprach: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra.* Nun warf er die Münze in eine Waagschale, welche eine besondere Person in die Höhe hielt, die hiervon *Libripens* genennet wurde. Denn schon die Gesetze der zwölf Tafeln[4]) verordneten, daß der Käufer das Eigenthum der ihm verkauften und übergebenen Sache eher nicht erwerben solle, als bis er den Verkäufer befriediget hätte. Nach Empfang des Nummus, der den Kaufschilling vorstellete, übergab der Vater den Sohn nochmals an den Käufer, und nun erst erlangte letzterer ein quiritarisches Eigenthum. Des Antestatus, der, wie man sagt, bey der Mancipation die Zeugen zur Aufmerksamkeit ermuntert, und dabey den untern Theil ihres

3) CAJUS *Institut. lib. I. Tit. VI. §. 3.* ALEANDER ad Cajum not. 34. THEOPHILUS *ad §. 6. I. quib. mod. ius pat. pot. solvitur. Barn.* BRISSONIUS select. ex iure civ. antiquitat. lib. I. c 7. besonders WERNHER select. Observat. forens. Tom. III. P. I. Obs. 13 n 61. sqq.

4) Tab. VI. *Res vendita transque data emtori non acquiritor, donicum satisfatcum escit.*

res Ohrs berührt haben soll [5]), habe ich bey dieser Handlung mit Fleiß keine Erwähnung gethan, weil auch Cajus [6]), Ulpian [7]) und Theophilus [8]) desselben nicht gedenken, so sorgfältig sie auch übrigens die Feyerlichkeiten der Mancipation beschreiben; und es noch ungewiß ist, ob derselbe eine besondere Person vorgestellet habe, oder ob er nicht vielmehr mit dem Käufer des Sohnes der nämliche gewesen sey, wie nach Augustin [9]), Cujaz [10]) und Oiselius [11]) aus mehreren Gründen von Christian Wilhelm Küstner [12]) erwiesen worden ist. Doch wieder zur Hauptsache. Der Käufer manumittirte hierauf den Sohn, so wie man einen Sklaven freyließ, per vindictam. Daher mußte die Handlung vor einem Magistrate geschehen, dem die legis

5) PLINIUS *Hist. natur.* Lib. XI. cap. 45. Est in ima aure memoriae locus, quam tangentes antestamur.

6) *Institut.* Lib. I. Tit. 6. (in SCHULTING *Iurispr. Antejust.* pag. 53.)

7) *Fragm.* Tit. XIX. §. 3.

8) *Paraphr. graec.* ad §. 6. I. Quib. mod. ius patr. pot. solvit.

9) ad LL. XII. Tabb. cap. 52.

10) Observat. lib. VII. cap. 16.

11) in notis ad CAJI loc. cit. not. 47. (penes SCHULTING c. l. pag 58 welcher leztrer übrigens dieser Meinung gleichfalls beystimmt).

12) In Progr. de antestato in mancipationibus. Lipsiae 1742. Allein man vergleiche hierbey, was WERNHER cit. loco. n. 192. sqq pag 31. dagegen einwendet, der für die gemeine Meinung streitet. *Guil. Ott.* REITZ ad *Theophili* Paraphr. graec. c. l. not. x. pag. 31. hält den *Antestatus* für einen bloßen Tabellio oder Notar, der über die Handlung eine Urkunde habe errichten müssen.

actio zustand[13]), obgleich nicht nothwendig pro Tribunali[14]). Durch diese Manumission ward nun der Sohn noch nicht sui iuris, sondern er kehrte, σιωπηρῷ τινι λόγῳ, i. e. *tacita quadam ratione*, wie Theophilus sagt, in die Gewalt seines Vaters zurück. Er mußte dreymahl auf diese Art manumittirt werden, ehe er frey wurde. Es war auch nicht nöthig, daß die drey Mancipationen und Manumissionen gleich nach einander und zu einer Zeit erfolgten. Es konnte zwischen einer jeden ein beträchtlicher Zwischenraum seyn[15]). Daher konnte der Sohn, der nach der ersten oder andern Mancipation von dem Käufer war manumittirt worden, das unterdessen errichtete Testament seines Vaters durch die Rückkehr in desselben Gewalt rumpiren[16]). Merkwürdig ist es jedoch, daß dem dritten Verkauf ein gewisser Vertrag (*pactum fiduciae*) angehängt wurde, wodurch sich der Vater vom Käufer auf Treu und Ehrlichkeit versprechen ließ, daß er ihm den Sohn remancipiren, d. i. ihn jetzt nicht freylassen, sondern dem Vater wieder verkaufen wollte[17]). Die Formel hiervon war: *Ego vero hunc filium meum tibi mancupo, ea conditione, ut mihi remancupes, ut inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamve fidem frauder.* Hiervon bekam der Käufer des Sohns den Namen *pater fiduciarius*. Die Absicht die-

13) PAULUS *Sent. Recept.* Lib. II. Tit. 25. §. 4. *L. 2. §. ult. et L. 3. D. de offic. Proconf.*

14) *L. 36. pr. D. h. t. L. 7. D. de manum. vindicta.*

15) PAULUS *lib. II. Receptar. Sentent. Tit. XXV.* §. 2.

16) ULPIANUS *Frag. Tit. XXIII.* §. 3.

17) *Franc. Car.* CONRADI Diss. I. et II. de pacto fiduciae. Helmst. 1732. et 1733.

dieses Vertrags war, damit der Vater selbst das Patronatrecht erhielt, und vermöge desselben seinen Sohn beerben konnte. Vermöge dieses Vertrags manumittirte nun also der Vater seinen Sohn selbst, wobey er sich einer Ruthe (vindicta) bediente, so wie bey der Manumission der Sklaven gewöhnlich war. Nun erst war der Sohn sui iuris, der Vater aber desselben Patron, obwohl er nicht in allen Stücken wie der Patron eines ehemaligen Sklaven angesehen wurde [18]).

Die Wirkung dieser alten Emancipation war, daß die Kinder dadurch in eine Art von Sklaverey geriethen, die zwar nur erdichtet (*causa servilis imaginaria*), aber doch mit nachtheiligen Folgen für die Kinder verknüpft war. Denn sie hob die Familien- und Agnationsrechte auf [19]); und die von dem Emancipirten gezeugten Enkel, die bey desselben Emancipirung in des Großvaters Gewalt geblieben waren, fielen nach dem Tode desselben nicht in des emancipirten Sohnes väterliche Gewalt zurück [20]). Da nun der Verlust der Familienrechte *capitis deminutio minima* genennt wird, so war also auch diese eine Folge der alten Emanci-

pation.

18) GAIUS *lib. XV ad Edictum provinciale* sagt *L. 2. D. Si a parente quis manumissus sit* folgendes hierüber: Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur: *quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.* Add. *L. 4. D. eod. L. 10. D. de obsequ. par. et patrono praest.* Man vergleiche hierbey *Ant.* FABER in Iurispr. Papinian. Tit. XI. Pr. X. Illat 4.

19) *L. 3. §. 1. D. de capite minut. L. ult. Cod. de adopt.*

20) *Princ. I. quib. mod. ius patr. pot. solv.*

pation. Ein emancipirtes Kind wurde demnach nicht mehr als ein Mitglied der Familie, als ein Agnat angesehen, und beerbte daher weder seinen Vater, noch jemand aus der Familie nach dem Civil-Rechte [21]). Auch die obligationes stricti iuris, welche aus einem feyerlichen Versprechen oder Formularcontract entstanden, wurden durch die alte Emancipation zernichtet, daher die Gläubiger des Emancipirten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beym Prätor suchen mußten, wovon lib. IV. Tit. V. *de capite minutis* handelt.

§. 159.

Von der anastasianischen und justinianeischen Emancipation.

Kaiser Anastasius schaffte die alte Emancipation nicht ab, sondern erfand daneben nur einen andern Weg der Entlassung. Er erlaubte nämlich dem Vater, sich unmittelbar an den Kaiser zu wenden, und von diesem durch ein Rescript die Emancipation des Kindes auszuwirken. Dieses Rescript mußte aber bey der competenten Obrigkeit insinuirt, und im Gericht niedergelegt werden. Aus der Constitution dieses Kaisers, welche Justinian seinem Codex einverleiben lassen [22]), möchte man beynahe schliessen, daß Ana-

21) FABER. cit. loco Princip. X. Illat. 1—3.

22) *L. 5. Cod. de emancipat. liberor.* Die hierher gehörigen Worte sind: Iubemus licere parentibus, id est, patri, avo paterno, — si liberos, quos habent in potestate propria, — per emancipationem, vel *absentes et peregre degentes*, vel in iisdem locis seu regionibus vel civitatibus commorantes, *in iudicio vero non praesentes*, iuris sui constituere maluerint: supplicationibus porrectis mereri super hoc divinum oraculum: hocque

Anastasius diese neue Art der Entlassung nur zum Besten abwesender Kinder erfunden habe, mithin dieselbe in dem Falle, wenn die Kinder in Person vor Gericht erscheinen könnten, nicht habe verstatten wollen. Allein so ist es nicht; sondern Anastasius hatte schon vor jener Constitution eine andere Verordnung, die zwar im Codex rep. praelect. nicht befindlich ist, aber von dem Kaiser selbst verschiedene mahle in andern seiner Constitutionen angeführt wird[23], bekannt gemacht, in welcher er einem jeden Vater die Erlaubniß ertheilte, die Emancipation seiner Kinder durch ein fürstliches Rescript zu bewirken, nur sollte das Rescript dem competenten Richter vorgezeigt, und dabey zugleich der zu emancipirenden Kinder Einwilligung zu den Acten erkläret werden. Weil nun nach derselben das zu emancipirende Kind bey der Emancipations-Handlung nothwendig in Person vor Gericht hat gegenwärtig seyn müssen, so hat Anastasius in der Folge durch die *L. 5. C. de emancipat liberor.* [24]) auch für Abwesende den Weg erfunden, daß sie erst nachher auch vor einem andern Gerichte ihre

 Ein-

que apud competentem iudicem, ad cuius iurisdictionem actus emancipationis pertinet, insinuare, superque precibus a semet oblatis apud eum deponere.

23) *L. 18. Cod. de Collationib. L. 11. Cod. de legitim. heredit.* beyde Constitutionen, in welchen Anastasius schon der von ihm eingeführten Emancipation durch fürstliches Rescript Erwähnung thut, sind älter, als die *L. 5. Cod. de emancipat. liberor.* wie die Subscription dieser Verordnungen zeigt.

24) Auf diese oder vielleicht auf beyde zugleich beziehet sich Justinian in *L. 13. Cod. de legit. hered. et L. ult. C. de emancipat. lib.*

Einwilligung ertheilen könnten [25]). Vermöge dieser andern Anastasianischen Verordnung können daher sogar infantes, die noch nicht rechtsgültig consentiren können, dennoch durch fürstliches Rescript sui iuris werden [26]), weil zu vermuthen ist, daß das Oberhaupt des Staats nicht anders die Emancipation geschehen lassen werde, als wenn er sie für das Kind zuträglich findet.

Die Anastasianische Emancipation hatte nun übrigens gleiche Wirkungen mit der alten [27]), nur darin war sie von der letztern verschieden, daß ein Kind, welches auf die anastasianische Art war emancipiret worden, das Successionsrecht in dem Vermögen seiner Geschwister behielt, welche in der väterlichen Gewalt geblieben waren [28]). Auch konnte der Vater in seiner Supplik mit erbitten, daß dem emancipirten Kinde die Familienrechte verbleiben sollten [29]).

Ich komme endlich auf die Justinianeische Emancipation. Justinian schaffte nämlich die für die Kinder inju-

25) Man vergleiche SCHELTINGA Diff. I. de emancipationib. Cap. IV. § 3.

26) In der Constitution der *L. 5. C. de emancipat.* heißt es am Schluß: *nisi infantes sint, qui et sine consensu etiam hoc modo sui iuris efficiuntur.*

27) *L. 5. C. de emancipat.* sagt ausdrücklich: Et personae, in quas talis liberalitas coll ta sit, de liena potestate, *quasi a parentibus ex emancipatione manumissae*, liberentur.

28) *L. 4. C. de legitim. tutela, L. 15. §. 1. Cod. de legitim. hered. §. 1. I. de succ. cognator.*

29) *L. 11. Cod. de legitim. heredib.*

injuriöse Feyerlichkeit der alten Emancipation gänzlich ab [30]), und verordnete, daß die bloße Erklärung des Vaters vor dem competenten Richter, daß sein Kind von der väterlichen Gewalt frey seyn solle, eben so vollgültig seyn, nicht weniger der Vater, der auf solche Art sein Kind vor der Obrigkeit emancipirt hätte, eben so gut ein Successionsrecht erhalten solle, als wenn er auf die alte feyerliche Art, per contractam fiduciam, Manumissor des Kindes geworden wäre. Daher sagt Justinian in seinen Institutionen [31]), durch seine Constitution sey der neue Rechtssatz eingeführt worden: *ut emancipationes liberorum semper videantur* QUASI CONTRACTA FIDUCIA *fieri*, cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, *nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset* [32]). Wir bemerken

30) Justinian sagt in *L. ult. Cod. de emancipat.* Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri et venditiones in liberas personas figuratas, et circumductiones inextricabiles et *iniuriosa rhapismata* (kommt her von ῥαπὶς eine Ruthe, und ῥαπίσαι mit Ruthen hauen) quorum nullus rationabilis invenitur exitus: jubemus, huiusmodi circuitu in posterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere, vel *sine sacro rescripto intrare competentis iudicis tribunal*, vel eos adire *magistratus*, quibus hoc facere permissum est: et filios suos, vel filias, nepotes, vel neptes, vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam, *a sua manu dimittere*: et legitima iura omnino habere, *etsi non specialiter hoc sibi servaverit.*

31) *§. ult. I. de legitim. agnator. success.*

32) Anton Schulting in Not. ad *Caji* Institut. Lib. I. Tit. VI. §. 3. not. 43. (*Iurisprud. Antejust.* pag. 57.) macht hierbey gegen Oiselius, der in diesen Verordnungen des K. Justi-

merken hierbey; a) daß **Justinian** diese neue Art der Emancipation eigentlich nur in dem Falle habe verstatten wollen, wenn die Kinder in dem Gericht zugegen sind [33]). Dieß erhellet auch aus der Formel, deren sich der Vater vor Gericht zu bedienen pflegte, welche nach dem Theophilus [34]) folgendermaßen lautete: *hunc ego emancipo, et e manu mea dimitto;* nach dem Harmenopulus [35]) aber: *hic ut sui iuris sit volo, eumque manu mea dimitto.* Daher hat b) **Justinian** zum Besten der Abwesenden die anastasianische Emancipation ausdrücklich beybehalten. Hieraus ergiebt sich ferner, c) warum die oben erwähnte erstere Constitution des Kr. Anastasius, nach welcher auch bey derjenigen Emancipation, die durch ein fürstliches Rescript geschiehet, die Gegenwart der Kinder vor Gericht erfor-

Justinians keinen Zusammenhang finden konnte, die sehr elegante Bemerkung, daß wenn gleich die alte Solennität der Emancipation aufgehoben worden, dennoch eine solche Fiction, als ob der Vater den Sohn contracta fiducia emancipirt hätte, gar nicht überflüssig gewesen sey. „*Dubitari enim poterat,* sagt er, *an pater, qui desierat esse adgnatus filio per emancipationem, nunc quidem ut patronus ad eius successionem, et, si impubes foret, ad tutelam eius vocaretur, cum iam non amplius in usu esset manumissio illa, per quam antea pater hoc ius acquisiverat.* Jedoch setzt er hinzu: *Postea adgnatis sunt exaequati cognati, Nov. CXVIII. ac tunc illa fictio coepit esse supervacua.*“ Man sehe auch SCHELTINGA Diss. I. de Emancipationibus §. 5. sqq.

33) *Ulr.* HUBER in Praelect. iuris civ. ad Institut. lib. I. T. XII. §. 5. und vorzüglich SCHELTINGA Diss. I. de emancipat. Cap. IV. §. 8.

34) in *Paraphr. ad §. 6. I. quib. mod. ius p. p. solv.*

35) in *Promtuar. iuris civ. Lib. I. Tit. XVII. §. 6.*

erfordert wurde, aus dem Codex repet. praelect. weggelassen worden sey [36]).

Soviel die Wirkungen der **justinianeischen Emancipation** anbetrifft, so sind die Ausleger des röm. Rechts darin nicht einig, ob dieselbe gleichfalls einen Verlust der Agnations- und Familienrechte, mithin eine Capitis-Deminution zur Folge gehabt habe? Einige bejahen dieses [37], andere, denen unser Verf. beystimmt, läugnen es schlechterdings [38]; verschiedene aber nehmen eine mittlere Meinung an [39]; sie behaupten, daß der Emancipirte nach dem neuern Rechte freylich nicht mehr in eine Art von Sklaverey gerathe, wie nach dem ältern römischen Rechte geschehen sey; allein er ändere doch die Familie, bleibe kein Agnat, und behalte auch das ius sui heredis nicht; in dieser Rücksicht wirke also die neuere Emancipation allerdings noch eine Capitisdeminution. Allein bedenkt man, daß Justinian nur die Solennität der alten Emancipation, nicht aber die Wirkung derselben aufgehoben hat; erwägt man ferner, daß selbst

36) SCHELTINGA c. l.

37) VINNIUS in Comm. ad Inst. tit. de cap. minut. §. 3. *Petri de* GREVE Dissert. ad Inst. Exerc. III. Th. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 622. und *G. L.* BOEHMER in Diss. de discrimine suorum et emancipator. in success. intestati iure novo sublato. §. V.

38) CUJACIUS in not. ad Ulpian. Tit. X. (bey SCHULTING *in Iurisprud. Antejust.* p. 593) HUBER in Digress. Iustin. lib. III. c. 6. §. 3. sqq. *Ian. a* COSTA in Comm. ad Insti. tit. quib. mod. ius p. p. solv. §. 6.

39) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis prim. Digestor. h. t. §. 19. et in Iurisprud. Antejust. pag. 593. HEIMBURG Diss. cit. §. 37.

selbst Justinian[40]) sagt: *Emancipati iure civili nihil iuris habent*, weder das ius suorum heredum, weil sie zur Zeit des Absterbens ihres Vaters nicht mehr in dessen Gewalt waren, noch das ius agnatorum, weil sie durch die Emancipation aufgehört haben, Agnaten zu seyn, und die Familienrechte verlohren haben; bedenkt man endlich, daß, wenn durch die justinianeische Emancipation die Agnations- und Familienrechte nicht wären aufgehoben worden, es unnöthig gewesen wäre, solche durch eine ausdrückliche Verordnung[41]) und als ein besonderes Privilegium denen zu erhalten, die durch eine Würde von der väterlichen Gewalt befreyet wurden; so läßt sich, deucht mir, wohl nicht daran zweifeln, daß auch die justinianeische Emancipation, wie jede andere, eine Capitisdeminution zur Folge gehabt habe. Da indessen Justinian durch die 118te Novelle den ehemaligen Familien- und Agnations-Nexus bey der Intestat-Erbfolge gänzlich aufgehoben hat, so behalten zwar die emancipirten Kinder ihr Erbrecht, sie verlieren aber doch das ius sui heredis[42]).

§. 160.

Fälle einer unfreywilligen Emancipation. Verstossung der Kinder. Erläuterung der *L. 6. C. de patr pot.*

Die Emancipation erfordert der Regel nach die Einwilligung des Vaters und der Kinder. Sie kann also so wenig gegen den Willen des erstern, als der letztern geschehen.

40) *§. 9. Institut. de heredit. quae ab intestato defer.*

41) *Nov. LXXXI. cap. 2.*

42) BOEHMER cit. Dissertat. §. X.

hen [43]). Doch finden verschiedene Ausnahmen Statt. Denn

I) giebt es Fälle, wo der Vater gezwungen werden kann, die Kinder zu emancipiren [44]). Dahin gehört,

a) wenn er die Kinder grausam und barbarisch behandelt [45]).

b) Wenn ihm etwas unter der Bedingung vermacht, oder geschenkt worden ist, daß er ein Kind emancipire, und er das Vermächtniß oder Geschenk annimmt [46]).

c) Wenn

43) *L. 31. D. h. t. L. 8. in fin. D. Si tab. test. nullae extab. unde lib.* PAULUS *Sentent. Receptar. lib. II. T. XXV. §. 5. Nov. LXXXIX. cap.* 11.

44) Die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten über die Zahl dieser Fälle erzählt Heimburg cit. Diss. §. 15—23.

45) *L. ult. D. si a parente quis manumiss.* MERCERIUS in Opinion. lib. II. c. 22.

46) PAULUS *Recept. Sentent.* Lib IV. Tit. 13 §. 1. *L. 1. §. 3. D. Si a par. quis manum. L. 92. D. de condit. et demonst.* Ist der Erbe oder Legatar von dem Erblasser blos gebeten worden, seine Kinder zu emancipiren, so kann der Vater eigentlich nach dem strengen Rechte mit keiner ordentlichen Klage dazu angehalten werden, wie Marcian sagt *L. 114. §. 8. D. de Legat. I.* Potestas enim patria inaestimabilis est. Dieß muß aus *§. 1. I. de sing. reb. per fideicom. relict.* erklärt werden, wo gesagt wird, man kann Niemanden bitten, daß er mehr restituire, als er selbst aus dem Testament erhält: *nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.* Nun betrift dasjenige, was in unserm Falle der Erbe oder Legatar prästiren soll, eine unschäßbare Sache, und ist folglich mit dem in keine Vergleichung zu setzen, was er aus dem Testament erhalten hat. Das Fideicommiß ist also eigentlich ungültig. Daß dieses

c) Wenn er einen Unmündigen arrogirt hat, demselben aber nach erlangter Mündigkeit die Arrogation aus einer hinlänglichen Ursache mißfällt[47].

II) Giebt

ses wirklich Marcians Meinung sey, erhellet noch deutlicher daraus, wenn man mit dem §. 8. der *L.* 114. den vorhergehenden §. 7. vergleicht. Eben dies ist auch die Meinung Ulpians, und Papinians. *L* 92. *D. de condit. et demonstrat.* Weil aber doch hier das strenge Recht mit der Billigkeit und dem Willen des Erblassers in offenbarem Widerspruche steht, indem letzterer dem Erben oder Legatar gewiß nichts vermacht haben würde, wenn er eine solche Unredlichkeit desselben vorausgesehen hätte; so setzt nun Ulpian *L.* 92. *cit.* noch hinzu: Arbitror tamen *extra ordinem* debere constitui, eum, qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, *ut liberos suos emanciparet*, cogendum emancipare. *Neque enim debet circumveniri testantium voluntas. Sic deinde hoc accipiendum, quemadmodum si sub conditione liberorum emancipandorum ei fuisset legatum relictum: vel ita ut eos emanciparet.* Verschiedene wollen die oben angeführten Worte *extra ordinem*, von einem fürstlichen Befehl erklären, wodurch der Vater zur Emancipation zu nöthigen sey; z. B. *Dionys.* GOTHOFREDUS *in not. ad d. L.* 92. und THOMASIUS in Diss. de us. pr. tit. I. quib. mod. ius p. p. solv. §. 15. not c. Allein diese Erklärung ist irrig. Es ist hier von einem außserordentlichen Rechtsmittel die Rede, womit der Vater zur Entlassung der Kinder vom Richter genöthiget werden konnte, so wie bey Fideicommissen üblich war. *L.* 178. §. 2. *D. de Verb. Signif.* S. Helmburg cit. Diss. §. 21. *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinian Tit. XI. Princip. X. Illat. 9. und SCHELTINGA Diss. I. de Emancipationibus, Cap. V. §. 7. et §. 9.

47) *L.* 32. *et* 33. *D. de adopt.*

II) Giebt es Fälle, wo Kinder wider ihren Willen emancipiret werden können. Hierher gehört:

a) wenn ich ein fremdes Kind adoptiret habe, und dieses mündig ist, so kann ich die Verbindung mit demselben nach Gefallen aufheben [48]).

b) Wenn sich die Kinder undankbar und pflichtwidrig gegen die Eltern betragen, ja sich solcher schwerer Vergehungen gegen dieselben schuldig machen, wegen welcher sie den Rechten nach die Enterbung verdient haben [49]). Z. B. wenn Kinder ihre Eltern schlagen, denselben nach dem Leben stehen. Von solchen Kindern sagt Justinian [50]): eos, causa cognita, emancipatione dignos esse; und Theophilus [51]) in seiner Paraphrase erläutert dieses durch sol-

48) Dieß läßt sich nicht nur aus *L.* 10. *pr. Cod. de adopt.* schließen, wo Justinian sagt: Cum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri et extraneus per emancipationem inveniri: quis patiatur iura patris naturalis nexu divino copulata, ludibrio defraudari; sondern eben darum sahe sich auch zuweilen der leibliche Vater, der seinen Sohn adoptiren ließ, durch eine Stipulation vor, wodurch der Adoptivvater sich zu einer gewissen Summe Geldes auf den Fall verbindlich machen mußte, wenn er das angenommene Kind ohne Ursach emancipiren würde. *L.* 132. *pr. D. de Verbor. obligat.* SCHELTINGA cit. Diss. I. Cap. V §. 3. S. jedoch Hr. v. Globig über die Gränzen der väterlichen Gewalt S. 135.

49) *Luc. van de* POLL lib. sing. de exheredat. et praeteritione Rom. et hodierna Cap. VIII. §. 4.

50) §. 3. *I. de adoptionib.*

51) *in Paraphr. gr. ad §.* 3. *I. cit.* ex vers lat. C. *A.* FABROTTI Lugd. Batav. 1715.

folgende Beyspiele. *Quid enim, si aut patri adoptivo* (es ist von einem arrogirten Pupillen die Rede) *insidias fecerit, aut aliud quid egerit, propter quod merito ex patris potestate abiici debeat?* Diesem ist nun zwar nicht entgegen, wenn die Emancipation in unsern Gesetzen eine Wohlthat, eine Ehre, die der Vater wohlgearteten Kindern erzeigt [52]), eine Freygebigkeit, die er gegen sie ausübt [53]), genennet wird. Denn dieß hat in sofern allerdings seine Richtigkeit, als die Emancipirten hierdurch sui iuris werden, und die Rechte eines patrisfamilias erhalten. In dieser Rücksicht ist es daher eine Strafe für emancipirte Kinder, wenn sie gegen den Vater eine grobe Undankbarkeit begehen, daß sie wieder in die väterliche Gewalt zurückgezogen werden können [54]). Demohngeachtet aber kann doch die Emancipation auch eine Strafe für ausgeartete Kinder seyn, in sofern sie ihnen die Kindes- und Familienrechte raubt, welches insonderheit der Fall bey adoptirten Kindern ist, die hierdurch alle und jede Rechte verlieren, welche sie durch die Adoption erlangt hatten [55]). Allein wie reimt sich das mit der *L. 6. Cod. de patria potest.* nach welcher die römischen Gesetze von der *abdicatio*, oder der Verstossung ungerathener Kinder, nichts wissen sollen? Nach der gewöhnlichen Erklärung sagt man, daß durch dieses Gesetz eine solche Emancipa-

52) *§. 2. I. per quas person. cuique acquir.*

53) *L. 5. Cod. de emancipat. liberor.*

54) *L. un. Cod. de ingrat. liber.*

55) *§. 4. I. de exheredat. liberor. L. 13. D. de adoptionib. L. 1. §. 6. L. 3. §. 2. D. de bonor. poss. contr. tabb. L. 4. pr. D. si tabb. testam. nullae exstab.* Conf. SCHULTING in Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 21.

cipation, die gegen den Willen der Kinder geschiehet, denn so erklären sie die *abdicatio*, von nun an verboten worden sey[56]). Allein schon längst haben Lukas van de Poll[57]) und Christian Heinrich Breuning[58]) gezeigt, daß in der *L. 6. Cod. de patr. potest.* von einer römischen Emancipation gar nicht die Rede sey. Man wird sich auch hiervon selbst überzeugen können, sobald man sich die Mühe geben will, das Gesetz etwas genauer zu betrachten. Die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren nämlich an einen gewissen Hermogenes folgendermaßen: *Abdicatio*, quae graeco more ad alienandos liberos usurpabatur, et ἀποκήρυξις dicebatur, romanis legibus non comprobatur. Hermogenes, an welchen dieses Rescript erlassen ist, war ohne Zweifel ein Grieche, und vermuthlich von seinem Vater auf eine so schimpfliche Art verstoßen worden, als die Griechen ἀποκηρύττειν nannten. Weil nun dem verstoßenen Sohne vielleicht durch die Härte des Vaters zu nahe geschehen seyn mochte, so nahm dieser seine Zuflucht zu den Kaisern, und fragte zugleich in seiner Supplik an, ob, seitdem durch die Verordnung des Kaisers Caracalla

 allen

56) ALCIATUS in Dispunction. lib. II. cap. 28. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 21. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts III. Th. S. 416.

57) lib. sing. de exheredat. et praeterit. Rom. et hod. Cap. I. et VIII.

58) in Diss. jur. civ. περὶ ἀποκηρύξεος seu de abdicatione ad L. 6. Cod. de patr. potest. *Lipsiae* 1753. 4. Add. HENRICI Commentat. I. et II. de abdicatione filiorum Romanis usitata. *Vitemb.* 1792. 4.

allen Unterthanen des röm. Reichs die Rechte der Bürger wären mitgetheilet worden, noch eine Handlungsart gültig seyn könne, die nur bey den Griechen gewöhnlich, den römischen Gesetzen aber gar nicht angemessen sey? Die Kaiser rescribiren hierauf, daß eine solche Verstossung (*abdicatio* scilicet ea), welche die Griechen ἀποκήρυξις nennen, von den römischen Gesetzen, nach deren Vorschrift doch alle legitime Handlungen der röm. Bürger, ohne Unterschied ihres Wohnorts, vollzogen werden müssen, nicht gebilliget, und daher auch für rechtmäßig nicht zu halten sey. Dieß ist die ganz natürliche Erklärung des Gesetzes, für deren Richtigkeit die Worte des Rescripts selbst bürgen. Da indessen noch alles darauf ankommt, was bey den Griechen ἀποκήρυξις eigentlich gewesen, und welche rechtliche Wirkungen diese Handlung gehabt habe? so ist es nöthig, hiervon zur Erläuterung noch etwas hinzuzufügen. Diejenige Verstossung der Kinder, welche bey den Griechen ἀποκήρυξις genennet wurde, war eine feyerliche Handlung inter vivos, dadurch der Vater seinen ausgearteten Sohn, der sich widerspenstig gegen ihn bezeigte, oder durch liederliche Lebensart der Familie Schande machte, von sich und aus dem väterlichen Hause entfernte, und ihn von nun an nicht mehr für sein Kind erkannte [59]. Es war bey den Atheniensern ein ausdrückliches Gesetz vorhanden, welches den Vätern ein solches Recht verstattete [60]. Nur durfte diese Abdication nicht ohne eine rechtmäßige Ursache

59) S. Breuning cit. Diss. Cap. III. et IV.

60) Τοὺς γονέας κυρίους εἶναι ἀποκηρύξαι: *Parentibus liberos abdicare ius esto.*

sache geschehen [61]), daher mußte entweder vor Gericht [62]), oder in Gegenwart etlicher unpartheyischer Zeugen [63]), eine Untersuchung, ob eine solche Ursache vorhanden sey, angestellet werden. Das Abdicationsurteil wurde hierauf durch den Präco öffentlich bekannt gemacht [64]), wovon die Handlung selbst den Namen erhielt. Denn Κήρυξ heißt soviel als praeco. Die ganze Handlung war also für den Sohn höchst schimpflich, und beraubte ihn seiner Familien- und Successionsrechte [65]). Dem Sohne war jedoch erlaubt, gegen eine solche Verstossung eine öffentliche Vertheidigung zu führen [66]); ausserdem aber konnte er den Schimpf nicht anders auslöschen, und seine vorigen Rechte wieder erlangen, als wenn er sich besserte, und sich mit seinem Vater wieder aussöhnte [67]).

61) LUCIANUS *in Abdicato.* PLATO *de Legibus* lib. XI. LIBANIUS *in Declamat. XXXVI.* welcher leztere einen verstoßenen Sohn folgendergestalt redend aufführt: *At neque lascivus, neque prodigus, neque scortator ego sum, neque aleae mentem adhibeo, quibus de causis legislator abdicare iubet.*

62) LUCIANUS *in Abdicato:* Ideoque iussit *(legislator)*, ne libera esset ac citra iudicium vindicta, sed ad iudices vocat et aestimatores constituit, qui neque per iracundiam, neque per calumniam iudicent, quod iustum est.

63) LIBANIUS *Declamat. XXXVI.* Expellam enim ipsum aedibus meis coram vobis testibus etc.

64) Den Ritus selbst beschreibt PETITUS in Legibus Atticis lib. II. Tit. 4. p. 158.

65) LUCIAN. c. l. LIBANIUS c. l. CORNELIUS NEPOS *in Themistoc. cap.* I. MEURSIUS *in Them. Attic.* Lib. II. c. 13.

66) LUCIANUS c. l. QUINCTILIANUS Declamat. 378. Conf. *Lucas van de* POLL cit. libro Cap. I. §. 4.

67) Dieß hieß ἀνακαμβάνεσθαι εἰς τὸ γένος. S. MEURSIUS *ad Lycophron v.* 40. und CASAUBONUS *ad Diogen. Laërtium in Periandro* lib. I. n. 94.

Von einer solchen Abdication reden nun die Kaiser L. 6. Cod. de patr. potest. Sie haben jedoch diese keinesweges durch ihre Verordnung abgeschafft, wie Valentin Forster 68) sich irrig eingebildet hat, sondern rescribiren nur, daß sie den römischen Gesetzen nicht gemäß sey. Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß auch das römische Alterthum viele Beyspiele aufstellt, daß Väter ihre ungerathenen Söhne von sich entfernt, und aus ihrem Hause verstossen haben. Denn so rechnet es Sueton 69) unter die häußlichen Unfälle des Augusts, daß er seinen an Sohnes Statt angenommenen Enkel, Agrippa, von sich entfernen (abdicare) mußte. Eben das bestätigt der ältere Plinius 70) mit gleichem Ausdruck. So erzählt ferner Valerius Maximus 71), daß der Römer Titus Manlius Torquatus über seinen Sohn Silanus, der in Macedonien Ungerechtigkeiten und Treulosigkeiten begangen hatte, vermöge seiner väterlichen Gewalt Untersuchung angestellet, und ihm, weil er ihn schuldig befand, befohlen habe, er möchte ihm sogleich aus den Augen gehen, und hinfort sein Haus, so wie den Staat, meiden. Mehrere Beyspiele hat Brissonius 72) gesammlet. Allein diese römische Abdication war weder den Gesetzen entgegen, noch mit

68) in libr. de iurisdictione Romanor. welchen auch schon *Luc. van de* POLL cit libro Cap. VIII. deshalb tadelt.

69) SUETONIUS *in vita Augusti cap.* 65.

70) *Lib. VII. c.* 45.

71) *Lib. V. c.* 8. *Ex.* 3. *et* 4.

72) Op. de verborum, quae ad ius civ. pertinent, significatione f. v. *Abdicare.* S. auch *P.* AERODIUS *ad Quinctil. Declamat.* 260.

mit der griechischen ἀποκήρυξις einerley, vielmehr von derselben nicht nur in Ansehung der Form, sondern auch der Wirkung ganz verschieden. Denn wäre diese Abdication schlechterdings wider die Gesetze gewesen, so würde ohne Zweifel irgend ein alter Schriftsteller, der ihrer erwähnt, ein Wort über ihre Ungerechtigkeit beygefügt, oder wenigstens auf irgend eine Art seinen Unwillen zu erkennen gegeben haben. Hierzu kommt, daß Valerius Maximus in dem angeführten Falle mit dem Manl. Torquatus ausdrücklich den Gerechtigkeitseifer dieses Römers rühmt, und ihn als einen der röm. Rechte sehr kundigen Mann schildert. Denkt man sich nun noch insonderheit den großen Umfang von Rechten der römischen väterlichen Gewalt, die sogar in jenen ältern Zeiten ein Recht über Leben und Tod der Kinder begrif, so wird man schwerlich diese Abdication für eine gesetzwidrige Handlung, wenigstens nach den Rechten desjenigen Zeitalters, aus welchem die davon vorkommenden Beyspiele herrühren, halten können[73]. Es war aber auch die römische Abdication von der griechischen ἀποκήρυξις ganz verschieden. Denn die griechische war eine öffentliche und feyerliche Handlung, die römische hingegen nur eine Privathandlung, welche nicht sowohl, wie jene, in den Worten eines geschriebenen Gesetzes, als vielmehr in dem Rechte der häußlichen Gerichtsbarkeit, dem edelsten Kleinod der römischen väterlichen Gewalt, gegründet war[74]. Die griechische ἀποκήρυξις beraubte den ver-

73) *van de* POLL cit. libro Cap. VIII § 6. SCHUBART de fatis iurisprud. Rom. Exercit. I. § 47. pag. 103. sqq.

74) S. BREUNING in der angef. Diss. Cap. IV. pag. 20. und Cap. V. pag. 24.

verstossenen Sohn seiner Familien- und Erbrechte; die römische *Abdicatio* hingegen hob weder die aus der väterlichen Gewalt zwischen dem Vater und seinen Kindern entstehende Verbindung auf, noch entzog sie den Kindern ihr Erbrecht, wenn nicht noch eine besondere Enterbung nach der in den Gesetzen dabey vorgeschriebenen Form erfolgte. Denn nirgends findet man in unsern Gesetzen da, wo die verschiedenen Arten aufgezählet werden, wie die väterliche Gewalt aufgehoben wird, der Abdication erwähnet. Vielmehr ist es bekannt, daß der Vater keinen andern Weg hatte, sein Kind von der väterlichen Gewalt zu befreyen, als die Emancipation. Diese erfordert aber gewisse in den Gesetzen vorgeschriebene Feyerlichkeiten, welche bey der Abdication nicht vorkommen. Blieb nun der abdicirte Sohn in der Gewalt seines Vaters, so mußte er auch, als suus heres, sein nächster Intestaterbe seyn, in sofern ihn der Vater nicht auf eine gesetzmäßige Art in seinem Testament enterbt hatte. So war also die römische Abdication ungerathener Kinder weiter nichts, als ein in den Rechten der väterlichen Gewalt und in der häußlichen Gerichtsbarkeit gegründetes Züchtigungs- und Besserungsmittel[75]).

Es fragt sich nun noch, ob und in wiefern es heutiges Tages einem Vater erlaubt sey, sein Kind zu verstossen? und welche rechtliche Wirkung diese Handlung habe[76])? Was die erste Frage

75) Daher wird sie bey Quintilian *Declamat.* CCLIX. filii emendatio; bey CALPURNIUS FLACCUS *Declamat.* XVIII. aber ira domestica genennt.

76) Eine gründliche und lesenswürdige Abhandlung des Herrn Prof. Günther's über diese Frage findet man in dem von Ihm

Frage anbetrift, so sind die Rechtsgelehrten deßhalb verschiedener Meinung, indem sie von einigen bejahet [77]), von andern aber verneinet wird [78]). Es kommt vor allen Dingen darauf an, was man sich von der Verstossung der Kinder für einen Begriff macht. Wenn wir nun bey der Bestimmung desselben auf den teutschen Sprachgebrauch sehen, so enthält nach diesem ohnstreitig die Verstossung eine ausdrückliche und deutliche Erklärung der Eltern, daß sie alle Verbindung mit ihrem ungerathenen Kinde aufheben wollen. Es wird dabey vorausgesetzt, daß die Eltern diesen Schritt aus Unwillen, und wider den Willen der Kinder thun, und diese Verstossung ist an sich nicht unbillig, wenn sie aus einer erheblichen Ursache geschiehet. Dahin gehören die gesetzmäßigen Enterbungsursachen [79]).

 Eine

Ihm und Hrn. Prof. Hagemann herausgegebenen Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit. I. Th. (Braunschweig 1788. 8.) Nr. XIV. S. 303—323.

77) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XVII. Corol. 3.

78) Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts III. Th. S. 416. *Mich. Godofr.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Dig. Lib. I. Tit. VI. §. 4. pag. 40.

79) arg. *L. 5. §. 11. D. de agnosc. et alend. liberis, Nov. CXV. cap. 3.* THEOPHILUS *in Paraphr. ad §. 3. I. de adoptionib.* Es wird zwar gegen den Schluß, der von dem Rechte der Enterbung auf das Recht der Verstossung gemacht wird, verschiedenes eingewendet, welches jedoch unbedeutend ist. Denn es kommt hier nicht sowohl auf die Verschiedenheit der Handlung, die ich sehr wohl einsehe, und wovon *Luc. van de* POLL lib. cit. Cap. I. §. 4. sehr umständlich handelt, sondern auf den Grund derselben an. Da nun dieser bey beyden der nämliche ist:

Eine andere Frage aber ist, ob die Eltern ein solches ausgeartetes Kind, welches sich durch Undank, Ungehorsam und andere schändliche Vergehungen der fernern Erziehung und Hülfe der Eltern unwürdig gemacht hat, aus eigener Gewalt verstossen, und seinem Schicksale Preiß geben dürfen? Dieß glaube ich nicht, sondern halte dafür, daß die Eltern in solchen Fällen, wo die erlaubte häußliche Züchtigung nichts mehr helfen will, die Obrigkeit um ihren Beystand ersuchen, und auf deren Urtheil es ankommen lassen müssen, ob das durch nichts zu bessernde Kind aller fernern Erziehung unwürdig? oder welcher Erziehung dasselbe, nach verbüßter obrigkeitlichen Strafe, noch würdig zu achten sey [80])? Denn wenn einem römischen Vater eine solche Verstossung des ungerathenen Sohnes vermöge der ihm als Vater

ist, und in dem schnöden Undank des Kindes gegen seine Eltern liegt, so begreife ich nicht, warum Eltern nicht aus der nämlichen Ursache ein ungerathenes Kind sollten verstossen dürfen, aus welcher sie solches zu enterben berechtiget sind. Allein, sagt man, die Gesetze geben den Eltern darum ein Recht, ihre Kinder aus verschiedenen Ursachen zu enterben, weil sie glauben, daß dieselben, wenn die Kinder sich gebessert haben, zu der Zeit, da sie an den Tod gedenken, keinen Gebrauch davon zum Unglück der letztern machen werden. Gut! Können denn aber nicht auch die Eltern sich mit ihren verstossenen Kindern wieder aussöhnen, wenn sich diese gebessert haben? Ueberdem da die Verstossung an sich den Kindern ihr Erbrecht in dem elterlichen Vermögen nicht ipso iure nimmt, so kommt es ja noch immer auf die Gesinnung der Eltern an, ob sie sich ihres Rechts, das verstossene Kind zu enterben, bedienen wollen, oder nicht?

80) Eben dieser Meinung ist Hr. von Globig in der Preißschrift über die Gründe und Gränzen der väterlichen Gewalt. S. 94. u. 95.

Vater zugestandenen häußlichen Gerichtsbarkeit erlaubt war; so kann dieß heutiges Tages darum keine Anwendung finden, weil die teutschen Rechte dem Vater keine richterliche Gewalt über seine Kinder zueignen[81]).

Die zweyte Frage anlangend, was eine solche Verstossung für rechtliche Wirkungen habe? so sind auch hierüber die Meynungen der Rechtsgelehrten getheilt. Ich glaube mit Herrn Prof. Günther[82]), daß hier eigentlich zwey Fragen zu beantworten sind; die erste: was wirkt eine solche Verstossung in Absicht der Kinder? die zweyte: Was wirkt sie in Absicht der Eltern?

Soviel die erste Frage anbetrifft, so verliert 1) das verstossene Kind dadurch sein künftiges Erbrecht in dem Vermögen der Eltern an sich nicht. Denn die Ausschliessung der Kinder von der Erbschaft ihrer Eltern erfordert nothwendig: a) daß sie in einer letzten Willensverordnung geschehe, b) daß eine in der 115ten Novelle bestimmte Ursache dabey zum Grunde liege, und c) daß diese Ursache wahr sey. Dieß ist aber nicht der Fall bey der Verstossung. Denn wenn gleich die Eltern eine rechtmäßige Ursache zur Enterbung hätten, so ist doch eine bloße Erklärung der Eltern, daß sie ihr ungerathenes Kind nicht mehr als ihr Kind ansehen wollen, zur Enterbung desselben nicht hinreichend, weil diese durch keine Erklärung unter den Lebendigen bewirkt werden kann, sondern in einem Testamente

81) Man vergleiche, was ich hiervon schon oben ad §. 138. S. 271. bemerkt habe.

82) im angef. Archiv S. 318. ff.

mente auf eine legale Art geschehen muß [83]). Allein es fragt sich 2) ob solche undankbare Kinder sich nicht wenigstens des Rechts, von ihren Eltern fernere Alimente zu fordern, verlustig gemacht haben? Auch bey dieser Frage weichen die Rechtsgelehrten in ihren Meinungen sehr von einander ab. Hr. Prof. Günther [84]) entscheidet dieselbe verneinend, weil dieses Recht natürliche und positive Gesetze den Kindern zugesichert haben [85]), und der einseitige Wille der Eltern solches ihnen nicht entziehen könne. Allein ich kann dieser Meinung nicht ganz beypflichten. Denn daß Kinder durch groben Undank und Vergehungen gegen ihre Eltern sich der Alimenten Forderung unwürdig machen können, beweißt das Reskript an den Trebatius Marinus beym Ulpian [86]) ganz deutlich. Daher behaupten nicht wenig

83) MEVIUS in Decisionib. Part. IV. Dec. 183. Zwar will Mevius Dec. 184. et 185. und Part V. Decis. 152. et 153. behaupten, daß die Obrigkeit das Recht habe, Kinder ihres Erbtheils für verlustig zu erkennen, wenn sie gegen ihre Eltern sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht, z. B. ihre Eltern gröblich injuriiret haben, und daß alsdann ihr Erbtheil ihnen von dem Fiskus als unwürdigen genommen würde, wenn gleich ihre Eltern sie deswegen nicht enterbt hätten, sondern ohne Testament verstorben wären. Allein diese Meinung ist in den Gesetzen nicht gegründet, wie die Gebrüder Overbeck im 3. Band der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien Meditat. 170. S. 264 ff. gezeigt haben. Vorzüglich aber vergleiche man STRYK de successione ab intest. Dissert. XII. Cap. II. §. 34. et 35.

84) a. a. O. S. 318.

85) *L. 5 §. 7. L. 19. D. de agnosc. liberis. L. 3. et 4. Cod. de alend. liberis*

86) *L. 5. §. 11. D. de agnosc. et alend. lib.*

wenig Rechtsgelehrte, daß die gesetzmäßigen Enterbungsursachen die Pflicht zur Verpflegung der Kinder aufheben [87]). Damit jedoch das undankbare Kind nicht dem Staate und seinen Mitbürgern zur Last falle, so bleiben die Eltern auf den Fall, da es sich selbst ohne derselben Unterstützung noch nicht forthelfen kann, nur zu den nothdürftigsten Alimenten (alimenta naturalia) verpflichtet [88]).

Was für Folgen hat nun aber zweytens die Lossagung für die Eltern? Alle Rechte, welche ein Ausfluß der väterlichen Gewalt sind, gehen durch die Lossagung verlohren, alle andere aber verbleiben, welche die Gesetze aus der Blutsfreundschaft abgeleitet haben. Nach diesem Grundsatz verliehrt also der Vater den Nießbrauch von dem Vermögen des verstossenen Kindes, und ist, in sofern er etwa die Verwaltung desselben behielte, darüber Rechnung abzulegen verbunden. Das volljährige Kind aber kann auf die Herausgabe desselben dringen. Dahingegen geht das Erbrecht der Eltern, welches ihnen auf den Todesfall der Kin-

87) Schon BARTOLUS gab die Regel: *Ex quibus caussis potest parens filium exheredare, ex iisdem potest ei denegare alimenta;* wie GOTHOFREDUS ad L. 5. §. 11. D. de agnosc. et alend. lib. not. 39. bemerkt hat. Ihm pflichten bey VOET in Commentar. ad Pand. Tom II. Lib. XXV. Tit. 3. §. 13. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris secund. ord. Digestor. Lib. XXV. Tit. 3. §. 22. und als eine Ausflucht gegen die Alimentationsklage des Kindes führen eben dieses BOEHMER de actionib. Sect. II. cap. I. §. 33. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 347. an.

88) Eben dieß behaupten HELLFELD in iurisprud. forensi Tom. II. §. 1286 in fin. und Hr. v. Globig in der angef. Preißschrift S. 95. Not. *) und S. 127.

Kinder zukommt, durch die Abdication nicht verlohren. Denn der Grund des elterlichen Erbrechts liegt nicht in der väterlichen Gewalt, sondern vielmehr in der Blutsverwandschaft. Wenn also gleich der Vater auf diejenigen Rechte Verzicht leistet, die ihm vermöge der väterlichen Gewalt zustehen; so hat er dadurch doch noch nicht auf die Rechte der Blutsverwandschaft renunciiret, weil jede Entsagung streng ausgelegt werden muß. Demungeachtet aber fehlt es doch nicht an Rechtsgelehrten, die das Gegentheil behaupten [89]).

§. 161.

Heutiges Recht in Ansehung der Lehre von der Emancipation.

Nach der Lehre der heutigen Rechtsgelehrten, welcher auch Hellfeld beypflichtet, theilt man insgemein die Emancipation in die ausdrückliche und stillschweigende ein. Man behauptet, daß die Emancipation stillschweigend durch die Heyrath der Töchter, und die Anstellung einer eigenen Haushaltung der Söhne geschehe. Einige nennen diese auch die teutsche oder sächsische Emancipation. Allein nicht zu gedenken, daß hierdurch auf eine höchst ungereimte Art der römische Sprachgebrauch einem blos teutschen, von der römischen Emancipation ganz verschiedenen Institute zugeeignet wird [90]); so liegt auch in die-

89) MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyseri* Meditat. ad Pand. T. I. Fasc. I. Obs. 91.

90) Umständlicher hat dieses *I. H.* BOEHMER in Diss. de statu liberorum sui iuris factorum per separationem vel nuptias. (*Halae* 1721.) Cap. II. § 2. gezeigt. Man vergleiche auch RICCIUS in Spicileg. iuris germ. pag 475.

dieser gemeinen Vorstellungsart ein offenbarer Widerspruch. Denn eine stillschweigende Emancipation wird diejenige genennt, *quae tacito patris consensu innititur*, wie unser Verfasser selbst sagt: und doch wird gleich darauf behauptet, daß durch Errichtung eines besondern Hauswesens auch wider den Willen des Vaters desselben Gewalt aufgehoben werde. Was nun wider meinen Willen geschehen, und von mir nicht gehindert werden kann; das kann doch wohl gewiß nicht in meiner stillschweigenden Einwilligung gegründet seyn [91]). Richtiger würde es seyn, wenn man sagte, daß die Befreyung der Kinder von der väterlichen Gewalt nach heutigen Rechten auf eine zweyfache Art geschehen könne, entweder durch die Emancipation, oder ohne dieselbe aus gesetzlicher Vorschrift, auch gegen den Willen des Vaters.

I) Die Emancipation, welche zwar heut zu Tage seltener ist, als sie bey den Römern war, aber doch in Teutschland keinesweges abgeschafft ist, geschieht heutiges Tages gewöhnlich vor dem Richter durch die Erklärung des Vaters, daß er sein Kind aus der väterlichen Gewalt entlassen wolle. Es heißt dieses die Justinianeische Emancipation. Zuweilen pflegt auch wohl der ordentliche Richter übergangen, und unmittelbar bey dem Landesherrn oder den kaiserlichen Hofpfalzgrafen die Bestätigung einer solchen Entlassung gesucht zu werden, welches man die Anastasianische Emancipation nennt. Ob nun wohl Bey-

91) Diese Ungereimtheit hat auch schon Hr. Prof. Weber in den Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts §. 20. S. 73. folg. gerügt.

Beyspiele von einer solchen Emancipation sowohl unter Privat- als erlauchten Personen vorhanden sind [92]), so ist sie doch, wie ein berühmter practischer Schriftsteller [93]) richtig bemerkt, nicht sehr gewöhnlich, noch anzurathen, weil die Landesherren dergleichen Supplicate an die Collegien, und diese an den Richter der ersten Instanz entweder zur Verfügung oder Berichtserstattung zu remittiren pflegen, und also eine solche Vorbeygehung des Richters nur Aufenthalt und Unkosten verursacht; in Ansehung der Pfalzgrafen aber die bereits oben bey den Legitimationen und Adoptionen geäusserten Bedenklichkeiten obwalten. Die justinianeische Emancipation ist daher heutiges Tages die gewöhnlichste [94]). Sie erfordert die Einwilligung beyder Theile, des Vaters und des zu emancipirenden Kindes, und die Feyerlichkeit derselben besteht darin, daß der Richter des Aufenthaltsortes, mittelst eines förmlichen Decrets, auf vorhergehende Ansuchung darum, dieselbe bestätiget.

92) Eichmann in den Erklärungen des bürgerl R. III. Th. S. 404. f. Mosers Staatsrecht Th. XVIII. S. 38. u. 135. Deßgl. auserlesene Reichs-Hofraths-*Conclusa* 1. Stück S. 33. ff.

93) Hr. v. Trütschler in der Anweisung zur vorsichtigen und förml. Abfassung rechtlicher Aufsätze. I. Th. II. Hauptabtheil. 3. Hptst. §. 63. Not. e.

94) Beyspiele, besonders unter Privatpersonen, findet man bey *Huld. ab* EYBEN in Scriptis, quae de iure edidit, (*Argentor.* 1708. *fol.*) pag. 27. SCHILTER in Praxi I. R. Ex. III. th. 16. *de* LUDOLF Obſervat. forenſ. P. II. Obſ. 165. WERNHER Obſ. for. T. I. P. I. Obſ. 9. BARTH Hodoget. forenſ. Cap. IV. §. 9. lit. C. p. 728. LEYSER Spec. XXI. med. 3. et MÜLLER ad *Leyſerum* T. I. Obſ. 101.

tiget[95]). Sind es unmittelbare Personen, so suchen sie die Bestätigung entweder beym Reichshofrath, oder bey dem Cammergericht, welche hierin eine concurrente Gerichtsbarkeit haben[96]). Jedoch sind die Beyspiele davon selten[97]). Mit dieser wahren Emancipation ist aber das Geschäft nicht zu vermischen, da ein Kind, obgleich auch durch den Richter, blos dazu, daß eine gewisse Handlung zwischen ihm und seinen Eltern ihre Gültigkeit erhalte, oder wenigstens unangefochten bleiben möge, aus der väterlichen Gewalt entlassen wird[98]). Sie wird von einigen *emancipatio minus plena*[99]), von andern aber *emancipatio particularis*[100]) genennt. In den Gesetzen ist diese Art der Emancipation eigentlich nicht gegründet. Vielmehr ist ihre Entstehung dem Wahne zuzuschreiben, daß wegen Einheit der Person zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen, auch noch heutiges Tages keine bürgerliche vollgültige Verbindlichkeit Statt finden könne. Ob ich nun gleich an einem andern Orte (S. 272.) gezeigt

95) S. Nettelbladt's Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrth. §. 966. S. 498.

96) Hr. v. Trütschler a. a. O. S. 310. Not. d. und Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzialgerichtsverfassung 4. Th. §. 18. S. 44.

97) Man findet dergleichen in *Io. Georg. de* KULPIS Commentat. de adoptionib. et emancipationibus Principum §. 58. und bey Moser im Familienstaatsrecht Th. 2. S. 780. ff.

98) Nettelbladt a. a. O.

99) S. *Io. Ulr. Christph.* TRESENREUTER Diss. de emancipatione minus plena. *Altorf.* 1759. 4.

100) So nennt sie unser Verf. und mit ihm mehrere.

gezeigt habe, daß sich die von den Römern erdichtete Einheit zwischen dem Vater und seinen Kindern mit dem Geiste der teutschen Sitten nicht wohl vertrage, so halte ich doch dafür, daß man wohl thue, wenn man diese Handlung, da sie von vielen großen Rechtsgelehrten auch noch zu unsern Zeiten für nothwendig gehalten wird [1]), um künftigen Streitigkeiten vorzubeugen, nicht verabsäumt [2]). Ich habe hierbey noch zweyerley zu bemerken:

a) kann ein Vater seinen Sohn wegen solcher Handlungen allein der väterlichen Gewalt nicht entlassen, welche zu ihrer Gültigkeit den fortdaurenden und ununterbrochenen Zustand eines Paterfamilias erfordern. So z. B. kann der Sohn nicht blos zur Testamentserrichtung allein emancipirt werden [3]). Denn wäre auch der Sohn in dem Zeitraume, da er seinen letzten Willen errichtet, als ein Paterfamilias anzusehen, so würde er doch diese Eigenschaft wieder verliehren, sobald die feyerliche Handlung der Testamentserrichtung vollendet ist, und hierdurch würde sein Testament von sich selbst ungültig (irritum) werden, weil zur Gültigkeit eines Testaments überhaupt erfordert wird, daß der Testirer den zur Testamentserrichtung erforderlichen bürgerlichen Zustand bis an seinen Tod behalte [4]). Hieraus folgt also, daß ein Vater seinen Sohn aus der väterlichen

1) LUDOLF Obs. for. T. II. Obs. 165. Moser im teutschen Staatsrecht Theil XXII. S. 431.

2) Eben dieser Meinung sind GUNDLING in Prot. Digestor. Lib. I. Tit. VII. §. 10. pag 93. und Struben in den rechtlichen Bedenken 2. Theil Bed 68. S. 254. ff

3) *de* BERGER in Oeconom. Iuris Lib. I. Tit. III. §. 16. in fine.

4) *§. 4. I. Quib. mod. testam. infirm.*

lichen Gewalt gänzlich entlassen müsse, wenn er will, daß der Sohn gültig testiren solle[5]).

b) Wird die Emancipation blos **auf eine einzige Handlung** eingeschränkt, so ist weiter keine Feyerlichkeit dabey zu beobachten, als diese, daß der Richter untersucht, ob beyderseits die legale Einwilligung vorhanden sey, und sodann bey der Abfassung oder Bestätigung des Contracts, um welches willen die Entlassung geschehen, solches ausdrücklich erwähnt[6]).

II) Ohne Emancipation wird die väterliche Gewalt nach teutschen Rechten aufgehoben, wenn die **Kinder sich von der väterlichen Oeconomie trennen, und eine eigene Haushaltung anstellen**[7]). Thomasius

5) Man vergleiche die **gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle** von **Gmelin** und **Elsäßer**, 2. Band Nr. XXI. §. 148—151. S. 228. ff.

6) Hr. v. **Trütschler** a. a. O. S. 310. Hr. GR. **Nettelbladt** a. a. O. S. 499. Es will zwar **Heimburg** in Diss. de emancipat. Rom. et Germ. §. 84. einer solchen **besondern Entlassung** aus der **väterlichen Gewalt** alle Kraft und Wirkung absprechen, allein **Eichmann** in den Erklärungen des bürgerl. Rechts 3. Th. S. 433. hat ihn gründlich widerlegt.

7) S. *Ferd. Christ.* HARPPRECHT Disp. de separatione liberorum familias ab oeconomia paterna. *Tubingae* 1689. (Vol. I. *Dissertation. academicar.* Diss. III. pag. 79 — 126.) und *I. H.* BOEHMER Diss. de statu liberorum sui iuris factorum per separationem et nuptias. *Halae* 1721. (in EIUS *Exercitat. ad Pand.* T. I. p. 913) *H. Chr. de* SENCKENBERG iura egressus e patria potestate romana et germanica. *Giessae* 1743. GRUPEN Disceptat. forens. Cap. II. membr. 2. pag. 91. sqq. und *Casp. Gottfr.*

masius [8]) nennt diese Art der Befreyung von der väterlichen Gewalt eine Quasi-Emancipation. Allein diese Benennung ist eben so unschicklich, als wenn andere sie eine stillschweigende Emancipation nennen. Denn die Emancipation erfordert eine ausdrückliche Erklärung des Vaters, welche aber zur Anstellung einer eigenen Haushaltung der Kinder nicht nöthig ist, sondern die Befreyung von der väterlichen Gewalt geschieht hier ipso iure auch wider des Vaters Willen [9]).

Zur Errichtung einer eigenen Haushaltung wird nun nach teutschen Rechten erfordert:

1) daß die Kinder die erforderliche Reife des Alters und Verstandes erreicht haben müssen, um nun für sich selbst sorgen, und ihrem Vermögen vorstehen zu können. Ob hierzu gerade die Volljährigkeit nöthig sey, ist streitig, und selbst die teutschen Statuten enthalten hiervon keine ganz deutliche Bestimmung. Die gewöhnliche Sprache derselben ist: daß Kinder zu ihren mündigen Jahren gekommen [10]); — ihre mannbaren Jahre erreicht [11]), oder

Gottfr. SCHEPLER Diss. de iure liberorum vivis parentibus sui iuris factorum respectu successionis in bona parentum. *Halae* 1752.

8) THOMASIUS in Diss. de quasi emancipatione Germanorum. Halae 1703.

9) Höpfners Commentar über die Institutionen §. 163. Nr. 7. S. 190. Webers Reflexionen vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts. §. 20. S. 74. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 667. nr. 2. pag. 300.

10) Sächsische Landesordnungen *Part. II. Const.* 10.

11) Würtemb. Landrecht P. II. Tit. 18. pag. 304.

oder ihr mündiges vollkommliches Alter erreicht haben müssen [12]). Die meisten Rechtsgelehrten nehmen daher an, daß dieses von der Großjährigkeit zu verstehen sey [13]; andere hingegen halten auch schon die vollkommene Mündigkeit des Sohnes für hinreichend [14]). Allein wenn gleich die letztere Meinung dem Buchstaben der Statuten gemäßer zu seyn scheint, so stimmt doch die Meinung der erstern mit der Analogie des Rechts besser überein, weil Minderjährige nach teutschen Rechten [15]) zur eigenen Verwaltung ihres Vermögens noch nicht fähig gehalten werden.

2) Wird zur Anstellung einer eigenen Haushaltung erfordert, daß die Kinder im Stande seyen, sich durch Treibung eines Gewerbes ihren beständigen Unterhalt selbst zu verschaffen, oder daß sie wenigstens von ihrem eigenen Vermögen leben können.

12) *Reformat. Francofurt.* P. II. Tit. I. §. 8.

13) CARPZOV Iurispr. Forens. P. II. Const. 10. definit. 1. PHILIPPI us. pract Institut Iustin. Lib. I. Tit. XII. Eclog. 77. n. 4. STRYCK Us. Modern. Pandectar. h. t. §. 19. THOMASIUS in Diss. de quasi emancipatione §. 62. SCHEPLER cit. Dissertat. Sect. I. §. 27. SENCKENBERG cit. Diss. §. 22. nr. 5. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 667. nr. 4. p. 301. u. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts 3. Th. S. 424.

14) HARPPRECHT cit. Dissert. §. XX. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 621. und Dabelow System der heut. Civilrechtsgelahrtheit. 2. Th. §. 2802.

15) R. Policeyordn. vom Jahr 1548. Tit. 31. §. 1. und vom Jahr 1577. Tit. 32. §. 1.

3) Daß sie sich von der Oeconomie der Eltern wirklich und völlig absondern, und zwar in der Absicht, nun eine eigene, von den Eltern unabhängige Lebensart anzufangen. Es ist jedoch hierzu nicht gerade nöthig, daß der abgesonderte Sohn aus der Eltern Hause ziehe, und von denselben entfernt in einem besondern Hause wohne; nein! der Sohn kann in der Eltern Hause bleiben, wenn er nur sonst eine eigene Haushaltung und besondere Wirthschaft führt, und nicht mehr von dem Vater unterhalten wird[16]). Ja es ist der eigenen Haushaltung billig gleich zu halten, wenn der Sohn zwar bey dem Vater zu Tische geht, aber dem Vater das Kostgeld zahlt[17]). Es ist auch zu dieser Absonderung so wenig die Bestätigung des Richters[18]), als die Zuziehung von Zeugen erforderlich[19]). Ob aber nicht wenigstens die Einwilligung der Eltern nöthig sey, wenn der nun volljährige Sohn den Weg zur eigenen Haushaltung betreten, und von der Eltern Zucht zum Leben eines freyen Bürgers übergehen will, ist streitig. Die dieses bejahen[20]), setzen den Grund ihrer Behauptung in der Beschaffenheit der väterlichen Gewalt, welche den Kindern nicht erlaubt, einen so wichtigen Schritt, welcher fast allemal das Schicksal ihres ganzen übrigen Lebens bestimmt, ohne den Rath und Bey-

16) HARPPRECHT in cit. Differt. §. XXX. et XXXII.

17) HARPPRECHT cit. Disp. §. XXXIII. n. 192.

18) Ebenderselbe §. XII. SCHEPLER cit. Diff. §. 33.

19) HARPPRECHT c. l. §. XIII.

20) SCHEPLER cit. Differt. §. 31. u. 32. Schott Einleitung in das Eherecht §. 192. STRYCK Us. Mod. Pandectar. h. t. § 20. Hr. v. Globig in der öfters angef. Preisschrift S. 120.

Beystand ihrer Eltern zu thun. Bey den Eltern kommt noch dieser wichtige Grund hinzu, daß sie durch eine solche Absonderung der Kinder einen nicht geringen Verlust an Rechten und Vortheilen leiden, welche mit der elterlichen Gewalt verbunden sind. Nun aber scheint es unbillig zu seyn, den Eltern diese Rechte wider ihren Willen zu entziehen, weil man doch in der Regel annehmen muß, der Sohn habe die Mittel zu seiner neuen Einrichtung von ihnen erhalten, oder doch wenigstens durch den von ihm genossenen Unterricht erworben. Allein wenn es gleich jederzeit rathsam, und den Pflichten der kindlichen Dankbarkeit und des Gehorsams allerdings gemäß ist, zur Anstellung eines eigenen Hauswesens die Einwilligung der Eltern zu erfordern, so ist doch nicht zu erweisen, daß dieses eine gesetzliche Nothwendigkeit sey. Es finden auch die Grundsätze von der römischen Emancipation hier keine Anwendung, da die Befreyung von der väterlichen Gewalt durch Errichtung einer eigenen Wirthschaft eine Wohlthat der Gesetze ist. Ich stimme also aus diesen Gründen vielmehr denjenigen [21]) bey, welche die gesetzliche Nothwendigkeit der elterlichen Einwilligung in der Regel läugnen, wofern nicht etwa die besondern Gesetze und Gewohnheiten eines Orts oder Landes dieselbe erfordern. Glauben jedoch die Eltern gegründete Ursachen zu haben, sich dem Vorhaben ihres, obwohl majorennen Sohnes, in Errichtung einer eigenen Wirthschaft, widersetzen zu können, z. B. schwache Verstandeskräfte des Soh-

21) HARPPRECHT cit. Diss. §. 18. *de* SELCHOW in element. iuris germ. §. 500. HOFACKER cit. loco pag. 484. *Lud. Godofr.* MADIHN Princip. iur. Rom P. V. §. 20. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. Forens. Vol. V. Obs. 667. n. 2. p. 300.

Sohnes, oder dessen unordentliches, verschwenderisches oder sonst leichtsinniges Betragen, machen es bedenklich, ihm die Führung einer eigenen Wirthschaft zu überlassen, so müssen sie ihre Bedenklichkeiten der Obrigkeit anzeigen, und es auf den Ausspruch derselben ankommen lassen, ob und in wie ferne sie für gegründet zu halten sind [22]). Hieraus ergeben sich noch folgende rechtliche Wahrheiten.

I) So lange die Kinder in des Vaters Brode sind, und von ihm unterhalten werden, bleiben sie in desselben Gewalt, gesetzt auch, daß sie schon die Majorennität erlangt hätten [23]). Denn die Volljährigkeit an sich endiget die väterliche Gewalt auch nach teutschen Rechten nicht [24]), sondern berechtiget nur den Sohn, bey jeder schick-

22) HARPPRECHT cit. Dissertat. §. 50.

23) HARPPRECHT cit. D. §. 25. HEIMBURG difficill. emancipat. rom. et germ. capita §. 78.

24) Anderer Meynung ist zwar VOETIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 15. allein man kann, was teutsche Sitten anbetrift, seinem Zeugniß nicht wohl trauen. Daß indessen die erlangte Volljährigkeit des Kindes auf die Rechte der väterlichen Gewalt nicht ohne allen Einfluß sey, ist gewiß. Denn was der volljährige Sohn durch seine Arbeiten erwirbt, oder geschenkt erhält, darf er nicht mehr zur Masse des in der Administration des Vaters sich befindenden Vermögens schlagen, dieses bleibt seiner völligen Disposition überlassen. Ferner über ein volljähriges Kind dürfen die Eltern das Züchtigungsrecht nicht mehr ausüben, welches sich blos auf die Erziehung und Bildung zum bürgerlichen Leben einschränkt, die alsdann für vollendet zu achten ist. Sie müssen daher ihre Klagen bey der Obrigkeit anbringen, obwohl ihnen eine Uebereilung in der Hitze des Zorns wohl zu verzeihen ist. S. Hr. v. Globig in der Preißschrift S. 122. u. 123.

schicklichen Gelegenheit, die ihm den Weg zur eigenen Haushaltung eröfnet, sich der elterlichen Vorsorge und Gewalt zu entziehen. So lange er jedoch seine eigene Wirthschaft noch nicht angefangen hat, und sich daher noch bey den Eltern aufhält, entweder weil ihm Mittel und Gelegenheit zur Versorgung fehlen, oder weil die Eltern und der Magistrat den Weg, welchen er gehen will, nicht gut heißen; so lange muß die Verwaltung seines eigenen Vermögens und dessen Nutzung noch dem Vater verbleiben; so lange ist der Sohn auch noch zu häußlichen Diensten und zur Unterstützung der Eltern mit seinem Gewerbe verpflichtet. Denn solches sind allgemeine Vortheile, welche die Gesetze den Eltern billigerweise für die Beschwerden der Erziehung gewähren[25]).

II) Zur Anstellung einer eigenen Haushaltung ist nicht genug, wenn die Kinder keine Alimente mehr von den Eltern bekommen, sondern sich bey einer Herrschaft in Dienst begeben, und von derselben Lohn und Kost erhalten, oder der Sohn als Soldat Lehnung, oder als Gesell ein Wochenlohn erhält, und davon sich allenfalls selbst ernähren kann, oder wenn das Kind so viel eigenes Vermögen hat, daß es davon für sich leben könnte; sondern es ist schlechterdings nothwendig, daß die Kinder sich häuslich niederlassen, und durch Anstellung einer besondern Haushaltung sich von den Eltern völlig trennen, wenn sie von der väterlichen Gewalt frey seyn wollen[26]). So lange dieses noch

 nicht

25) v. Globig a. a. O. S. 121. folg.

26) HARPPRECHT cit. Dissert. §. 27. WERNHER in Observat. forens. T. I. P. I. Obs. 9. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 19. vorzüglich aber HOMMEL in Rhapsod. Quaestion. For. Vol. I. Obs. 162.

nicht geschehen ist, dauern die Rechte der väterlichen Gewalt fort, wenn auch gleich der Sohn mit des Vaters Bewilligung ein Gewerbe treibt [27]), oder sonst sich ausser dem väterlichen Hause aufhält [28]). Denn die besondere Wohnung der Kinder hebt die väterliche Gewalt an sich nicht auf [29]).

Daß auch die Töchter unter den angeführten Umständen ebenfalls durch Anstellung einer eigenen Oeconomie sui iuris werden können, ist zwar an sich keinem gegründeten Zweifel unterworfen [30]); doch ist der Fall bey ihnen seltener. Denn nicht leicht werden Eltern ihre erwachsenen Töchter ihrer Aufsicht eher entlassen, als bis sie der Aufsicht eines Mannes anvertraut werden können [31]). Töchter gehen daher heutiges Tages gewöhnlichermaßen erst durch die Heyrath aus der väterlichen Gewalt. Hierin stimmen die Sitten der Teutschen mit den heutigen Gewohnheiten der übrigen europäischen Nationen genau überein, wie Herr von Puffendorf [32]) sehr ausführlich gezeigt hat. Daß

27) HARPPRECHT c. D. §. 23. n. 137.

28) HARPPRECHT c. l. §. 7. n. 27. sqq.

29) HEIMBURG in der oben angeführten Dissertation §. 76.

30) HARPPRECHT c. D. §. XIX. n. 101. §. XXIX. n. 176. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. Forens. Vol. V. Obs. 667. n. 30. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 163. Nr. 4. S. 190. u. a. m. Einer andern Meynung ist jedoch Hr. Reg. R. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts 3 Th. S. 431.

31) v. Globig in der Preißschr. S. 130.

32) Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 90. §. 6—10. et T. II. Obs. 115. Anderer Meinung ist SCHÜTZ Diss. cit. §. 23.

Daß durch die Ehe eines Sohnes allein die väterliche Gewalt noch nicht aufhöre, ist schon oben bemerkt worden[33]. Ein anderes ist, wenn er sich bey einer Frau einfreyet, die ihre eigene Haushaltung und Handthierung hat, und der Sohn durch Ergreifung dieses Gewerbes sich von dem Vater völlig scheidet. Z. B. er heyrathet eine Meisters-Wittwe[34]. Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar behaupten, daß dieses heutiges Tages auch bey der Verheyrathung der Töchter Rechtens sey. Sie meinen, daß durch die Verheyrathung derselben die väterliche Gewalt, so lange die Ehe dauert, nur suspendiret werde, die Tochter aber nach erfolgter Aufhebung der Ehe wieder in die väterliche Gewalt zurückfalle[35]. Allein wenn gleich diese Meinung den Grundsätzen des römischen Rechts allerdings gemäß ist, (S. oben §. 156. S. 399.), so stimmt sie doch mit den heutigen Sitten und dem Gerichtsgebrauche nicht überein, wie Harpprecht[36], Voet[37], und insonderheit Christoph Ludewig Crell[38] aus überzeugenden Gründen erwiesen haben. Wenn also eine Tochter durch die Heyrath von der väterlichen Familie einmal abgesondert ist, und sie kehrt

33) Siehe S. 398. und 399. Conf. HEIMBURG cit. Diss. §. 79.

34) HARPPRECHT cit. Diss. §. XXIV.

35) *Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. II. §. 16. pag. 1248. und mehrere noch ältere Rechtsgelehrten, welche mit ihren Gründen Harpprecht in der öfters angeführten Dissertat. §. 51. anzeigt; unter den neuern ist Prof. Madihn in Princip. iuris Rom. P. V. §. 20. dieser Meinung.

36) Cit. Dissert. §. 52.

37) in Commentar. ad Pandect. h. t. §. ult.

38) in Diss. de filia vidua ad patrem reversa. *Vitembergae* 1754.

auch als Wittwe wieder zu ihres Vaters Hauß und Tisch zurück, so wacht hierdurch die einmal erloschene väterliche Gewalt nicht wieder auf[39]), sondern die Tochter bleibt heutiges Tages sui iuris, und behält den Stand des verstorbenen Mannes, bis sie zur andern Ehe schreitet. Hierzu kommt, was Ulpian sagt[40]): *Qui liberatus est patria potestate, is postea in potestatem honeste reverti non potest, nisi adoptione*, welches allerdings hier Anwendung findet.

Ehe ich diesen §. schließe, muß ich noch eine Bemerkung hinzufügen. Man pflegt es insgemein eine stillschweigende besondere Emancipation zu nennen, wenn ein Vater die Obrigkeit ersucht, seinen noch minderjährigen Sohne, weil er mit demselben ein gewisses Geschäft schliessen will, einen Curator zu bestellen, und von der Obrigkeit diesem Gesuche auch gewillfahret wird[41]). Allein daß dieser Sprachgebrauch unschicklich sey, ergiebt sich aus den vorgetragenen Grundsätzen von selbst[42]).

§. 162.

39) S. WERNHER lect Commentat. ad Dig. h. t. §. 13. pag. 61. und HOMMEL Rhapsod. Quaestion. For. Vol. V. Obs. 667. n. 29.

40) *L.* 12. *D. h. t.*

41) BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. III. §. 16. WERNHER Observat. forens. Tom. I. Part. III. Observat. 248. und *Gottfr. Reinh.* KOESELIS Diss. de tacita eaq. particulari emancipatione iure domestico fundata *Vit.* 1724.

42) Man sehe nach HEIMBURG cit. Dissertat. §. 73. 74. und 75. vorzüglich aber *Christ. Henr.* BREUNING Diss. an, si a patre filio suo petatur curator, hoc involvat emancipationem tacitam. *Lipsiae* 1770.

§. 162.

Wirkungen der aufgehobenen väterlichen Gewalt.

Die Wirkungen, die durch Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt hervorgebracht werden, bestehen

1) überhaupt darin, daß alle dem Vater über die Person der Kinder und deren Vermögen zustehenden Rechte, die ihren Grund in der väterlichen Gewalt haben, erlöschen; dahingegen das Recht der Eltern, kindliche Verehrung zu fordern, so wie die Pflicht des Vaters, die Kinder zu ernähren, so lange sie noch der väterlichen Unterstützung bedürfen, durch Aufhebung der väterlichen Gewalt eben so wenig aufhört[43]), als die in der Blutsfreundschaft gegründeten Familien, und Erbrechte[44]). Sind also Kinder von der väterlichen Gewalt befreyet, so werden sie dadurch sui iuris, und erlangen die Rechte eines Paterfamilias. Sie können daher, wenn sie nur das erforderliche Alter haben, nun selbst ein Testament machen, können nunmehr ohne Einwilligung des Vaters auf eine gültige Art Schulden contrahiren, und zur Bezahlung derselben angehalten werden, ohne sich mit der Ausflucht des SCti Macedoniani weiter schützen

43) *L. 5. §. 1. D. de agnosc. et alend. liberis.* Sed utrum eos tantum liberos, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere, an vero etiam *emancipatos*, vel *ex alia causa sui iuris constitutos*, videndum est. Et magis puto, *etiamsi liberi non sunt in potestate*, alendos a parentibus. S. auch Allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten 2. Th. 2. Tit. §. 251.

44) Nur bey Adoptivkindern gehen diese Rechte durch die Emancipation verlohren. *§. 4. I. de exheredat. liberor. L. 13. D. de adoptionib.*

ßen zu dürfen. Die Herrschaft der Eltern, die häuslichen Dienste, die Benutzung des eigenen Vermögens der Kinder hört gleichfalls auf. Das gewaltfreye Kind kann daher sein Muttergut dem Vater abfordern, und ihn zu dessen Ablieferung mit Recht nöthigen. Von nun an genießt auch der Sohn die Rechte eines freyen Bürgers, er kann nun nach eigenem Gefallen sein Gewerbe modificiren, und auch der Schritt zum ehelichen Leben muß von seiner eigenen freyen Wahl abhangen. Zwar wird die Pflicht, zur Schliessung einer Heyrath die Einwilligung der Eltern einzuholen, nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten, durch die Endigung der väterlichen Gewalt eigentlich nicht aufgehoben, weil sich dieselbe zugleich auf die den Eltern schuldige kindliche Verehrung gründet [45]), welche durch Aufhebung der elterlichen Gewalt nicht vermindert wird; indessen kann doch die Nichtbefragung der Eltern nur als Undank durch Entziehung fernerer Unterstützung, nicht aber, wie vorher, mit der Nullität der Handlung selbst geahndet werden [46]). Man pflegt es jedoch in einem solchen Falle, da die Kinder abwesend sind, bey einer vermutheten Einwilligung der Eltern nach dem Gerichtsgebrauche bewenden zu lassen, wenn keine gegründete Ursache eines Widerspruchs abzusehen ist. Es dür-

45) Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 18. folg. *Lud. God.* MADIHN Princip. Iur. Rom. P. V. §. 2. in fin. Einer andern Meinung sind jedoch HARPPRECHT cit. Diss. §. 46. n. 236. und *Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. II. §. 13. et 14. pag. 1247.

46) Hr. v. Globig in der angef. Preißschrift S. 125. Ganz mit diesen Grundsätzen stimmt auch das Preuß. Landrecht 2. Th. 2. Tit. §. 249. u. 250. verglichen mit Tit. I. §. 1009. überein.

dürfen ferner auch nach aufgehobener väterlicher Gewalt keine solche Klagen gegen die Eltern angestellt werden, die den Vorwurf einer Gefährde enthalten, und dem guten Namen derselben nachtheilig sind. Z. B. keine actio doli, noch ein anderes Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Es giebt aber

II) noch **besondere Wirkungen** der Befreyung von der väterlichen Gewalt, welche sich in folgenden Fällen äussern.

a) Wenn Kinder **durch den Tod des Vaters** sui iuris werden, so muß nicht nur einem jeden Kinde das Seinige aus dem väterlichen Nachlaß voraus, und zwar ohne allen Abzug, verabfolget werden, sondern es beerben auch solche Kinder den Vater iure suorum heredum, das heißt, sie acquiriren die väterliche Erbschaft ipso iure, und transmittiren solche weiter auf ihre Erben, wenn sie gleich dieselbe bey ihrem Leben noch nicht angetreten, d. i. sich noch nicht erklärt hatten, daß sie Erben vom Vater seyn wollten [47]).

b) Wird die väterliche Gewalt **durch eine freywillige Emancipation** aufgehoben, so daß die Kinder diese Befreyung blos als eine Wohlthat des Vaters anzusehen haben, so sind sie ihm aus Dankbarkeit für die Emancipation den Nießbrauch von der Hälfte ihres unter der väterlichen Verwaltung bisher gestandenen eigenthümlichen Vermögens auf seine Lebenszeit zu überlassen verbunden. Man nennt diese Belohnung des Vaters das *praemium*

47) §. 2. *I. de hered. qualit. et different.* §. 3. *I. de hered. quae ab intest. L.* 3. *Cod. de iure delib.*

mium emancipationis [48]), und sie findet unter den bemerkten Umständen nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten unstreitig auch noch heutiges Tages Statt [49]). Dahingegen verbleibt dem Kinde das peculium profectitium (S. 254.) unwiederruflich, wenn der Vater selbiges bey der Emancipation nicht zurückgefordert hat [50]) Wenn nun gleich emancipirte Kinder nach dem justinianeischen Rechte das Erbrecht überhaupt behalten [51]), so verlieren sie dennoch auch heutiges Tages das Recht eines sui heredis. Denn

48) *L. 6. §. 3. Cod. de bonis quae liberis.* §. 2. *I. Per quas pers. cuiq. acquir.*

49) PUFENDORF Observat. iur. univ. T. I. Obs. 98. §. 16. ibique allegati DDres. besonders *Aem. Lud.* HOMBERGK ZU VACH Diss. de bonis adventitiis, liberis sui iuris factis a patre restituendis, nec non de praemio emancipationis hodie cessante vel non cessante. *Marburgi* 1756. §. 19. Joh. Ulr. von Cramer: ob das praemium emancipationis noch heut zu Tage in praxi camerali im Gebrauch sey? (in Desselben Wetzlar. Nebenstunden Theil LXXXI. p. 117.) und Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 620. Zwar ist Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 163. Not. 10. S. 191. anderer Meinung, weil auch die ausdrückliche Emancipation für keine Wohlthat des Vaters mehr zu halten sey, da sich ein Kind durch Separation von der väterlichen Gewalt gegen des Vaters Willen befreyen könne. Allein es können ja Fälle vorkommen, wo die Emancipation dem Kinde zum Vortheil gereicht, und wo es doch Alters wegen noch keine eigene Haushaltung anstellen kann; z. B. es hat Jemand das Kind unter der Bedingung zum Erben eingesetzt, wenn es sui iuris seyn würde.

50) *L. 31. §. 2. D. de donationib.*

51) *Nov. CXVIII.*

Denn dieses gründet sich auf die aus der väterlichen Gewalt entspringende genaue Verbindung zwischen dem Vater und seinen Kindern, und das daraus entstehende Miteigenthum der Letztern an dem Vermögen des erstern, und es muß folglich cessiren, sobald jene Verbindung durch Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt aufgehoben wird. Justinian hat zwar in der 118ten Novelle beyde, die Emancipirten und die Suos, in Ansehung des Successionsrechts überhaupt einander gleichgesetzt, so daß die Emancipirten nicht mehr nöthig haben, zur bonorum possessione ihre Zuflucht zu nehmen; allein daß er denselben auch das ius sui heredis mitgetheilt habe, ist unerweißlich. Denn dieses betrifft die Art, die väterliche Erbschaft zu erwerben. In Ansehung dieser aber hat Justinian nichts geändert[52]). Es ist daher grundfalsch, wenn unser Verf. Note t. sagt: *Emancipati retinent iura suitatis, et hereditatem ipso iure acquirunt, eamque, licet non aditam, in quoslibet transferunt heredes.* Endlich

c) wenn Söhne durch Anstellung einer besondern Haushaltung, und Töchter durch ihre Verheyrathung aus der väterlichen Gewalt treten, so können zwar die Eltern nicht genöthiget werden, solchen Kindern, ausser ihrem eigenen Vermögen, eine gewisse Ausstattung zu geben[53]); haben selbige jedoch kein eigenes, oder doch kein hinreichendes Vermögen, so ist es die natürliche Pflicht

52) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de discrimine suorum et emancipatorum in successione intestati §. 13. und Hr. Kanzler KOCH de successione ab intestato §. 6. pag. 19.

53) Hr. von Globig in der angef. Preißschr. S. 125.

Pflicht des Vaters, die Kinder, bey dieser ihrer ersten Einrichtung, aus seinen Mitteln, nach Möglichkeit zu unterstützen. Unter diesen Umständen müssen daher Söhne, welche eine abgesonderte Wirthschaft anfangen, zur Anschaffung der Geräthschaften, welche der Betrieb ihres Gewerbes nothwendig erfordert, mit einer Ausstattung versehen werden, welche man die väterliche Beyhülfe (*subsidium paternum*) nennt[54]). Aber auch den heyrathenden Töchtern gebührt dergleichen Aussteuer, soweit solche zur Hochzeit und zur ersten Einrichtung ihres Hauswesens nothwendig ist[55]). Wie weit der Vater diese seine

54) Eine solche Unterstützung war auch schon bey der Emancipation der Kinder zu den Zeiten der Römer üblich *L.* 17. *in fin. Cod. de Collationib.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 2. Cod. Theodos. de Donation. (Tom. II. pag. 644. *edit. Ritter.*) Man vergleiche *Henr.* LINCK Diss. de subsidio paterno. *Ienae* 1673. und *Io. Ge.* BAUSCH Diss. de subsidio parentum collationi obnoxio. *Goetting.* 1773. Diese elterliche Beyhülfe kann in gewissen Fällen auch zurückgefordert werden, z. B. wegen grober Undankbarkeit der Kinder, oder wenn die Eltern nachher selbst in Armuth gerathen, u. dgl. S. *God. Lud.* WINCKLER Exercit. iur. civ. de revocatione subsidii paterni. *Lipsiae* 1794.

55) S. *Io. Ge.* ESTOR Disp. de adparatu et instructu nuptarum, vulgo Aussteuer, praeter dotem in pactis dotalibus promisso, eiusque iure, quum maritus foro cessit. *Marburgi* 1744. Man vermische diese Ausstattung einer heyrathenden Tochter nicht mit dem Brautschatz oder Heyrathsgut, *dos*, denn dieses wird dem Ehemann in der Absicht zugebracht, um ihm die mit der ehelichen Verbindung verknüpfte Lasten und Ausgaben zu erleichtern. S. *Henr. Gottl.* PIERER Diss. de differentia dotis, et instructus muliebris. *Lipsiae* 1761. Der Name *Vader-*

seine Hülfe erstrecken wolle, kann ihm von den Kindern auf keine Weise vorgeschrieben werden, sondern dieses hängt von dem Stande, Vermögen und Ermessen der Eltern ab, und wenn sich die Eltern dazu in Güte nicht verstehen wollen, so wird sie vom Richter mit Zuziehung der Kunstverständigen nach Billigkeit bestimmt. Bey dieser Art der Befreyung von der väterlichen Gewalt fällt jedoch das praemium emancipationis weg, weil sie nicht als ein Geschenk des Vaters, sondern als eine Wohlthat der Gesetze anzusehen ist [56]). Sollten indessen die Eltern dem Kinde selbst eine vortheilhafte Versorgung verschafft haben, wodurch es aus der väterlichen Gewalt kommt, so würden dieselben in einem solchen Falle, der Analogie und Billigkeit gemäß, allerdings berechtiget seyn, sich einen Theil des Nießbrauchs, bis zur Hälfte des eigenthümlichen Vermögens eines solchen Kindes, auf eine gewisse Zeit, oder auch auf Lebenslang, vorzubehalten [57]). Daß übrigens solche abgesonderte

 Kin-

derphium, den wir in den Gesetzen der Longobarden verschiedenemal finden, und welcher nach Heineccius Elem. iur. germ. Lib. I. §. 241. und Pütter in Elem. iur. germ. §. 229. aus den Worten Vater und Vieh zusammengesetzt zu seyn scheinet, bedeutet ebenfalls so viel als Aussteuer, welche bey den alten Teutschen meist in Vieh bestand. S. *Christ. Henr.* BREUNING Diss. de vaderphio veterum Germanor. *Lipsiae* 1752.

56) HOMBERGK cit. Diss. §. 18. PUFENDORF Tom. I. Obs. 98. §. 17. ibique allegg. DDres.

57) Unter dieser Limitation läßt sich, deucht mir, Leysers Meinung Specim. CLXIV. medit. 5. rechtfertigen. Mit mir stimmt auch Hr. von Globig in der angef. Preißschrift S. 123. Not. *) überein.

Kinder ihr Erbrecht nicht verlieren, sofern ihnen nicht etwa bey der Absonderung ihr künftiges Erbtheil von den Eltern schon zum voraus gegeben, und solche hiermit abgefunden worden sind[58]), hat keinen Zweifel. Ja auch abgefundene Kinder können dennoch, als nächste Verwandte, zur Erbschaft der Eltern gelangen, wenn zur Zeit des Todes der letztern keine unberathene Kinder vorhanden sind, und auch kein Testament ihnen entgegensteht[59]). Ueberhaupt aber wird eine solche Abfindung der Kinder, die ihnen ihr künftiges Erbrecht nimmt, im Zweifel nie vermuthet, sondern dasjenige, was der Vater den Kindern bey ihrer Absonderung und zum Antritt ihrer eigenen Wirthschaft giebt, wird im Zweifel nur für eine Aussteuer gehalten, welche zwar bey

58) S. *Melch. Dethm.* GROLLMANN Diss. de separatione liberorum per elocationem et divisionem. *Giessae* 1711. Eine andere Art der Abfindung der Kinder ist diejenige, welche an den Orten vorkommt, wo Gemeinschaft der Güter unter den Eheleuten herrscht. Sie geschiehet erst nach dem Ableben eines der Eltern, und besteht darin, wenn die Gemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern, unter denen sie bisher fortgesetzet worden, durch die Theilung aufgehoben wird. Selbige wird daher auch eine Abtheilung, Absonderung auch Schichtung genennt. Eine solche Abfindung hebt die elterliche Gewalt nicht auf, sondern nimmt dem abgefundenen Kinde nur sein Erbrecht, weil es seinen Antheil an der Gemeinschaft schon erhalten hat. Man vergleiche vorzüglich *Herm. Ge.* BÜNEKAU Diss. de separatione liberorum ex iure germanico. *Goettingae* 1752. und Westphal teutsches Privatrecht II. Theil 46. Abhandl. S. 49 folg.

59) Westphal a. a. O. §. 7.

bey der Beerbung des Vaters conferiret werden muß, aber das Erbrecht selbst nicht aufhebt[60]).

Allein darüber ist viel gestritten worden, ob ein solches Kind, welches durch Anstellung eigener Oekonomie, oder durch Heyrath aus der väterlichen Gewalt gegangen, in Ansehung der väterlichen Erbschaft das ius suitatis behalte? Verschiedene angesehene Rechtsgelehrte[61]), denen auch unser Verf. beypflichtet, haben dieses zu behaupten gesucht. Diese haben den Grundsatz aufgestellt, daß durch die Absonderung der Kinder die väterliche Gewalt zwar in Ansehung ihrer lästigen, aber nicht in Ansehung ihrer vortheilhaften Wirkungen aufgehoben werde. Hieraus haben sie nicht nur gefolgert, daß den abgesonderten Kindern das ius sui heredis in Ansehung der väterlichen Erbschaft verbleibe; sondern sie wollen sogar in dem Falle, da der Sohn, welcher durch Anstellung einer eigenen Haushaltung sui iuris geworden, gestorben ist, und Kinder hinterlassen hat, den Großvater für berechtiget halten, diesen seinen unmündigen Enkeln sowohl in seinem Testamente Vormünder zu ernennen, als denselben pupillarisch zu substitui-

60) *L.* 17. *in fin. Cod. de Collationib.* Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen II. Bandes 2. Theil, Resp. CCX. n. 21. S. 549. Struben rechtl. Bedenken II. Th. Bed. 70. *Christ. Henr.* BREUNING Dissertat. an separatio liberorum involvat renunciationem hereditatis paternae *Lipsiae* 1772.

61) *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de statu liberorum sui iuris factorum per separationem et nuptias, (in EIUS *Exercitat. ad Pandect.* Tom. I. pag. 913. sqq.) *Ge. Lud.* BOEHMER in Praefat. ad cit. Tom. I Exercitat. *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controverso h. t. Quaest. XII. Not p. 110. LYNKER Centur. I. Decis. 97. a. a. O.

stituiren. Allein die Gründe für diese Meinung scheinen mir nicht überzeugend zu seyn. Denn durch die völlige Absonderung der Kinder von dem Hause der Eltern, es sey durch Heyrath, oder durch Unternehmung eines eigenen Gewerbes, wird die väterliche Gewalt unstreitig aufgehoben, folglich hören auch ihre Wirkungen auf. Der Unterschied zwischen lästigen und vortheilhaften Wirkungen ist völlig ungegründet, wie schon Harpprecht gezeigt hat [62]). Es ist zwar richtig, daß durch Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt heutiges Tages die Rechte der Familie nicht verlohren werden; allein daraus läßt sich noch nicht schliessen, daß die abgesonderten Kinder auch das ius suitatis behalten. Denn dieses hat seinen alleinigen Grund in der römischen väterlichen Gewalt [63]). Daher kann eine Mutter keine suos heredes haben [64]). Wenn nun gleich Justinian in der 81sten Novelle Kap. 2. verordnet hat, daß wenn ein Sohn durch eine Würde von der väterlichen Gewalt befreyet wird, derselbe in einem solchen Falle gar keinen Verlust an seinen gesetzmäßigen Rechten leiden solle, so ist doch dieses ein besonderes Privilegium, oder wie es **Homberg zu Vach** übersetzt hat, *praecipuum quoddam donum*, welches mithin auf andere Arten der Befreyung von der väterlichen Gewalt nicht ausgedehnt werden darf. Aus diesen Gründen bin ich daher geneigter,

62) cit. Diss. de separatione liberor. ab oeconom. paterna. §. 36. S. auch Runde Grds. des teutschen Privatrechts, §. 620.

63) S. *Petr. Claud. van* GOETHEM Diss. de suo herede *Lugd. Batavor.* 1786. §. 2.

64) §. 3. *I. de hered. qualit. et different.*

neigter, der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[65]) beyzutreten, welche behaupten, daß auch durch die völlige Absonderung der Kinder von der väterlichen Haushaltung alle Wirkungen der römischen väterlichen Gewalt aufhören, mithin die abgesonderten Kinder so wenig das ius suitatis behalten, als sich der Großvater das Recht einer Vormundschaftsbestellung oder pupillarischen Substitution in Ansehung der von seinem per separatam oeconomiam abgesonderten und verstorbenen Sohne hinterlassenen Enkel anmaßen dürfe.

65) *Günth. Alb.* RENZ de mixtura iuris rom. et germ. in materia patriae potestatis thes. 32. et 33. *de* SELCHOW in Element. iur. germ priv. hod §. 500 HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. germ. T I §. 622. Not. f. pag. 486. GRUPEN Discept. forens. Cap. II. membr. 3 pag. 204 sqq *Frid Es. a* PUFENDORF Observat. iur. univ Tom. III. Obs. I. REINHARTH ad *Christinaei* Decision. Vol IV. Obs 27. *Io. Christ.* KOCH Diss. de liberis suis heredibus ad probationem abstentionis non obligatis. (*Giessae* 1769.) §. 3—5. Höpfner im Commentar über die Institutionen § 506. not. 2. *Ge.* FEIN Diss. de herede suo sub conditione instituto (*Goetting* 1777.) §. 5. u. a. m.

Lib. I. Tit. VIII.

De divisione rerum et qualitate.

§. 163.

Begriff von *ius rerum*, *res* und *pecunia*.

Von dem Personenrechte eilen die Verfasser unserer Pandecten etwas zu geschwind zur Lehre vom Sachenrechte fort, ohne zu bedenken, daß sie das erstere nach seinem ganzen Umfange noch gar nicht erschöpft haben. Daher werden noch verschiedene Lehren in der Folge vorkommen, die zum ius personarum gehören, z. B. die vom Ehe- und Vormundschaftsrechte, andere zu geschweigen. Unter dem Sachenrechte (*ius rerum*) versteht man nun einen Inbegriff derjenigen Rechte, welche Sachen zum nächsten Gegenstande haben, oder welche in Ansehung der Sachen Statt finden[66]). Sachen werden hier den Personen entgegen gesetzt, mithin was keine Person ist, und doch der Gegenstand eines Rechts seyn kann, das heißt hier eine Sache[67]). Die Sachen, wenn wir sie den Personen ent-

66) Die vorzüglichste Schrift hierüber ist Hrn. Prof. Westphal's System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. Leipzig 1788. 8. Ausserdem haben diese Lehre sehr gut vorgetragen HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. P. I. Lib. III. und Hr. von Tevenar in dem Versuch über die Rechtsgelahrheit. I. Th. 9. und 10. Abschnitt.

67) Nach Hrn. Prof. Westphal im angef. Buch §. 2. heißt Sache alles auf der Erde, so fern es ein Verhältniß gegen des

entgegen setzen, lassen sich in zwey Hauptklassen eintheilen. Es sind entweder **Handlungen der Menschen** (*facta*), in sofern sie der Gegenstand des Rechts eines Andern sind, oder es sind **eigentlich so genannte Sachen**, d. i. was man, nach der gewöhnlichen Art zu reden, **Sachen** nennt, da man nämlich die Sachen den Handlungen entgegen setzt. Es fragt sich aber, wie **menschliche Handlungen** als Sachen betrachtet werden können? Die Antwort ist: **wenn wir sie aus dem Gesichtspunkte ansehen, daß ein Mensch durch den Gebrauch seiner Leibes- oder Geistes-Kräfte dem andern etwas leistet, oder thut, was zu desselben Nutzen oder Schaden gereicht, so werden selbige als Sachen betrachtet.** In dieser Rücksicht gehört daher die Arbeit des Holzhauers, der mir mein Holz klein macht, die Arbeit des Schneiders, der mir ein Kleid macht, zu den **Sachen**. Denn solche Handlungen sind ja der

des Menschen zeitlichen Vortheil hat. Unser Autor hingegen sagt: Dicitur RES *omne id, quod in bonis est vel esse potest:* und so definiren mehrere Rechtsgelehrten eine **Sache**. Allein richtiger drückt sich Hr. Prof. **Hufeland** aus, wenn er in den Institutionen des gesammten positiven Rechts §. 76. sagt: Eine **Sache** ist alles, worauf Rechte zustehen, dem aber nicht selbst Rechte zukommen können, oder ein Object von Rechten, das aber nicht Subject von Rechten seyn kann. Man sehe auch **Reinhards** Sammlung jurist. philosoph. u. kritischer Aufsätze I. Th. IV. Stück. N. VI. S. 272. u. f. Daß übrigens das Wort RES in unserm Iure noch mehrere Bedeutungen habe, ist aus BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Res* zu ersehen.

Gegenstand des Rechts eines Andern, und keine Person[68]). Hierher gehören aber auch die unerlaubten Handlungen und Vergehungen, wodurch mir ein anderer Schaden thut, welche in unsern Gesetzen ausdrücklich *res* genennt werden[69]). Es geschieht also mit vollkommenen Grunde, daß dasjenige, was ein Mensch durch Anwendung seiner Kräfte zu eines andern Dienst und Nutzen leistet, oder zu eines andern Schaden unternimmt, zu den Sachen gerechnet wird. Weil nun also nach dieser Vorstellungsart Handlungen der Menschen allerdings zu den Sachen zu rechnen sind, so kommt es daher, daß wir sie mit andern Sachen in Ansehung des Werths oder der Schätzung in Vergleichung und Verhältniß setzen können. Den Handlungen der Menschen werden nun die Sachen in der engern Bedeutung (*res in specie sic dictae*) entgegen gesetzt[70]), und darunter diejenigen Rechtsobjecte verstanden, die weder Personen, noch Handlungen der Menschen sind, sondern in solchen Dingen bestehen, deren Substanz oder Nutzen zu dem Vermögen eines Menschen gehört, oder gehören kann. In diesem Verstande unterscheiden die römischen Rechtsgelehrten *res* und *pecunia* von einander, und begreifen unter der letztern Benennung alles, was ein Mensch schon wirklich in seinem Vermögen hat, es

68) Hr. Prof. Hufeland in den angef. Institutionen §. 85. sagt: Auch Handlungen eines Menschen, die der Gegenstand des Rechts eines Andern sind, können Sachen genennt werden.

69) *L. 1. C. de lib. caus. pr. I. de obligat. quae ex delicto nasc.*

70) Daher sagt §. 7. *I. de verb. obligat.* Non solum *res* in stipulationem deduci possunt, sed etiam *facta*.

es bestehe im baaren Gelde, oder in andern beweglichen oder unbeweglichen, körperlichen oder unkörperlichen Sachen. Hierher gehört die klassische Stelle aus Paulus *lib.* 2. *ad Edictum* [71]): REI appellatio latior est, quam PECUNIAE, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet: cum PECUNIAE significatio ad ea referatur, *quae in patrimonio sunt*; und Hermogenian *lib.* 2. *Iuris Epitomarum* [72]) sagt: PECUNIAE nomine non solum numerata pecunia; sed omnes res tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam iura continentur. In dieser Bedeutung kommt das Wort *pecunia* nicht nur in der bekannten Stelle der zwölf Tafeln vor, welche in Ulpians Fragmenten [73]) folgendermaßen gelesen wird: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, sondern in eben diesem Verstande wird es auch in der Stipulation genommen, welche man gewöhnlich bey dem Verkauf einer Erbschaft zu errichten pflegte: *quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit etc.* [74]). Mehrere Bedeutungen dieses Worts hat Brißon [75]).

§. 164.

71) *L.* 5. *princip. D. de Verbor. Significat.*

72) *L.* 222. *D. eodem.* Einen schönen Commentar über diese Stelle findet man bey *Ioseph.* FINESTRES in Hermogenian. Tom. I. pag. 656. folgg.

73) *Tit. XI.* §. 14. (bey SCHULTING in Iurisprud. vet. Ante-Iustinian. pag. 599.)

74) *L.* 37. *pr. D. de pecul. L.* 50. §. 1. *D. de verbor. obligat. L.* 97. *D. de Verbor. Significat.*

75) de Verbor. Significat. v. *pecunia.* Eine gelehrte Abhandlung de pecunia, in so fern man darunter geprägtes Metall verstehet, findet man in *B.* BRANCHU Observation. ad ius Roman. decad. altera cap. XI. XII. XIII. et XIV.

§. 164.

Eintheilung der Sachen I) nach ihrer rechtlichen Qualität.

Die Sachen in der engern Bedeutung werden nun verschiedentlich eingetheilt,

I) In Rücksicht ihrer rechtlichen Qualität. Wenn Hellfeld die Sachen blos in Rücksicht des Eigenthums in *res nullius*, und solche, *quae in bonis sunt*, und diese wieder in *res divini* und *humani iuris*, letztere aber in *res communes*, *publicas*, *universitatis* und *singulorum* eintheilt, so ist diese Theorie nicht nur mangelhaft, sondern es sind auch die Begriffe selbst zum Theil unrichtig. Denn wer kann den Begriff von *rebus communibus* verdauen, wenn unser Verfasser sich darunter solche Sachen gedenkt, *quae in communi omnium hominum dominio exstant?* Besteht nicht der wesentliche Character des Eigenthums in einem ausschliessenden Rechte an der Substanz einer Sache[76])? Wie ist nun nach dieser Idee ein commune omnium hominum dominium denkbar? *Res communes* im Sinne des römischen Rechts sind vielmehr eine Art von herrenlosen Sachen, welche zwar jedermann gebrauchen darf, wie und wozu er will, die aber keiner ausschliessenden Disposition von Menschen unterworfen seyn können, wie beym §. 169. gezeigt werden wird. Meine Theorie ist nun folgende.

Sachen, nach ihrer rechtlichen Qualität betrachtet, können auf verschiedene Art eingetheilet werden. Erstlich in

76) S. Reinhard von dem Begriffe des Eigenthums oder Dominii, (in Desselben Sammlung juristischer, philosoph. u. kritischer Aufsätze I. Band IV. Stück, N. IV. S. 245. u. folgg.)

in Ansehung des Eigenthums, oder des Rechts, welches einem Subject darüber zustehen kann. Zweytens in Ansehung ihrer rechtlichen Bestimmung und des Gebrauchs, und drittens in Ansehung des öffentlichen Schutzes, und der daraus entstehenden Unverletzlichkeit derselben.

A) In Ansehung des Eigenthums, oder des Rechts an einer Sache, werden die Sachen in unserm römischen Rechte in *res divini iuris*, die dem göttlichen Eigenthume geweihet, und daher aus religiösen Gründen dem menschlichen Verkehr entzogen sind, und *res humani iuris*, worüber Menschen disponiren können, eingetheilt[77]. Diese Eintheilung rührt eigentlich noch aus den heidnischen Zeiten der Römer her, und Justinian hat sie unbedachtsamer Weise beybehalten, ohne seine Zeiten von den damaligen genug zu unterscheiden[78]. Jedoch haben die Sammler unserer Pandecten in Ansehung der rerum divini iuris manches geändert und modificirt. Nach der Lehrart des römischen Heidenthums wurden *res divini iuris* für ein Eigenthum der Götter gehalten, und diese theilte man

77) *L. 1. pr. D. de divis. rer.* S. *Diet. Herm.* KEMMERICH Diss. de natura et usu divisionis rerum in res divini et humani iuris, illarumque in sacras, religiosas et sanctas. *Vitembergae* 1729. 4.

78) Justinian bedient sich zwar nicht geradezu dieser Eintheilung, sondern sagt im §. 7. *I. h. t.* NULLIUS autem sunt *res sacrae*, et *religiosae* et *sanctae*. Allein er fügt gleich hinzu: *quod enim divini iuris est, id nullius in bonis est.* Hierdurch bestätigt er also offenbar den Begriff der Alten, welche lehrten, daß *res divini iuris* in keines Menschen Eigenthume sich befänden, sondern zum göttlichen Eigenthume gehörten.

man in *ſacras*, *religioſas* und *ſanctas* ein. Sachen, welche durch die römiſchen Pontifizen mit gehöriger Feyerlichkeit zum öffentlichen Dienſt der Götter geweihet waren, hießen *res ſacrae*[79]). Z. B. Tempel, Altäre[80]), gottesdienſtliche Gefäße und Geräthſchaften[81]) u. d. gl. Die Weihung mußte jedoch unter öffentlicher Auctorität[82]), und zwar zu den Zeiten des Freyſtaats mit Genehmigung des Volks, hernach des Kaiſers[83]), geſchehen seyn. Denn was einer ſich ſelbſt zu ſeiner Privatandacht weihete, ward nicht als ſacrum, ſondern als profanum betrachtet[84]). Gräber und Grabſtätte, die den Seelen der Abgeſchiedenen, oder den Diis Manibus zu ihrem beſtändigen Aufenthalte dienten, nannte man *res religioſas*. Was übrigens zur Religioſität eines Orts gehörte, und was die Alten von den Cenotaphiis oder Ehrengrabmählern, in welchen kein Leich-

79) Juſtinian ſagt *§*. 8. *I. h. t.* SACRAE RES ſunt, quae rite per Pontifices Deo conſecratae ſunt: veluti aedes ſacrae, et donaria, quae rite ad miniſterium Dei dedicata ſunt. *Donaria* heiſen hier die Altargefäße und Kleidungen, die man zum Gottesdienſte ſtiftete. S. THEOPHILUS in *paraphraſi graeca ad h. l. Inſtitut.* et *L.* 21. *Cod. de SS. Eccleſ.*

80) *Henr. Ioan.* ARNTZENIUS in Miſcellaneor. libro Cap. 2. et 3.

81) Der Ort, wo man dieſe Gefäße und Geräthſchaften aufbewahrte, hieß *Sacrarium*. Dieſer Ort brauchte nicht geweihet zu ſeyn. *L.* 9. §. 2. *D. h. t.*

82) MARCIANUS in *L.* 6. *§*. 3. *D. h. t.* ſagt: SACRAE RES ſunt hae, quae *publice* conſecratae ſunt, non private. Richtiger leſen die Florentiniſchen Pandecten *privatae*, und die Baſilica beſtätigen dieſe Leſeart.

83) *L.* 9. *§*. 1. *D. h. t.*

84) *§*. 8. *I. et L.* 6. §. 3. *D. h. t.*

Leichnam gelegt war, gehalten haben, werde ich beym folgenden §. sagen. Endlich *res sanctae* wurden zur Zeit des heidnischen Alterthums solche Sachen genennt, die den Schutzgöttern zu deren Schutz geweihet, und dahero unverletzlich waren. Dahin gehörten die Stadtmauern; denn diese wurden bey Erbauung einer Stadt mit dem heiligen Pfluge von den Priestern abgezeichnet, und dadurch den Schutzgöttern geweihet [85]). Allein bey den Thoren wurde der heilige Pflug aufgehoben [86]). Diese wurden daher eigentlich nicht divini iuris, wie Plutarch meldet, der noch einen andern Grund anführt, warum die Thore nicht die religiöse Heiligkeit der Mauern gehabt hätten, nämlich weil durch dieselben todte Körper und allerley Unreinigkeiten aus der Stadt weggeführet würden. Indessen machte ihre Verbindung mit den Mauern, die man für heilige Sachen hielt, daß man sie auf gewisse Art, obwohl nur uneigentlich, zu den rebus divini iuris rechnete, und man nannte daher auch die Thore res sanctas, weil sie, wie die Mauern, vom gemeinen Gebrauche ausgeschlossen, und unverletzlich waren [87]). In der Folge hörte jedoch jene religiöse Heiligkeit der Mauern in der Maaße, wie sie das Alter-

85) S. *Christoph. Ludov.* CRELLII Differt. de publica ceremonia, qua urbes condebantur, ex antiquitate Romana. *Vitembergae* 1731. recus. 1745. 4.

86) PLUTARCH *Quaest. Roman.* II. 26. p. 271. *Alex. ab* ALEXANDRO *Dier. genial.* lib. VI. c. 24. VARRO *de ling. lat. IV.* 32 *Coel.* RHODIGIN. *Lib. XIV. c.* 5. ALCIATUS *ad L.* 239. §. *urbs D. de Verbor. Significat.*

87) S. *Ge.* D'ARNAUD variar. Coniecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 14. *Ioseph.* FINESTRES in Hermogenian. Tom. II. pag. 753. sqq. Westphal im angef. Buche §. 7. et 10.

Alterthum ehemals verehrte, auf, und es blieb denselben wie den Thoren, blos die Unverletzlichkeit übrig. Daher wird in den Fragmenten unserer Pandecten SANCTUM immer nur dasjenige genennt, was um des gemeinen Besten willen unverletzlich, d. i. durch eine Pönalsanction gegen alle Beleidigungen und Verletzungen gesichert ist[88]). Eben daher lässet sich nun auch erklären, warum die Sammler der Pandecten zwischen Thoren und Mauern überall keinen Unterschied machen, sondern von beyden sagen, daß sie nur *quodammodo* divini iuris wären [89]). Ich werde hierüber noch einige Bemerkungen bey dem folgenden §. machen.

Was

88) *L.* 8. *pr. D. h. t.* SANCTUM est, quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est. *L.* 9. §. 3. *D. eodem*: Proprie dicimus *Sancta*, quae neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata. Quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi Deo non sit consecratum.

89) §. 10. *I. h. t.* SANCTAE quoque res, veluti *muri* et *portae* civitatis, *quodammodo divini iuris sunt*; et ideo nullius in bonis sunt. Die Leseart, oder Erklärung des *Christoph.* RICCIUS in Vindiciis iuris cap. 7. (bey OTTO *Thes. iur. Rom. Tom. II.* col. 775.) welcher die Worte: Sanctae quoque res, veluti muri, für einen besondern Satz, dann die Worte: et portae civitatis quodammodo divini iuris sunt, für einen zweyten Satz hält, ist ganz irrig. Denn daß man in dem neuern Recht zwischen Thoren und Mauern keinen Unterschied gemacht habe, erhellet aus mehrern Gesetzstellen der Pandecten S. *L.* 1. *pr. D. h. t. L.* 2. *D. ne quid in loco sacro.* Versteht man nun unter *sanctum* alles, auf dessen Verletzung eine besondere harte Strafe gesetzt ist, so waren Thore so heilig und unverletzlich, als die Stadtmauern, wie auch D'ARNAUD a. a. O. pag. 92. schon gegen RICCIUS erinnert hat. Endlich bestä-

Was nun die *res humani iuris* anlangt, so sind diese entweder herrenlose (*res nullius*), von denen die *res communes* im Sinne des Röm. Rechts eine besondere Gattung ausmachen; oder eigenthümliche Sachen (res *propriae*), je nachdem entweder eine Proprietät daran Statt hat, oder nicht. An den eigenthümlichen Sachen gehört die Proprietät entweder einem ganzen Staate (*res publicae*); oder einer im Staate gebilligten Personen-Gemeinheit (*res universitatis*); oder einzelnen Privatpersonen (*res privatae* oder *singulorum*). Wir werden von diesen Arten der Sachen bey den §§. 169. 170. u. 171. umständlicher handeln.

B) In Rücksicht der rechtlichen Bestimmung oder des Gebrauchs, wozu Sachen dienen können, sind dieselben, vorzüglich nach dem heutigen Rechte, in solche einzutheilen, die zu frommen auf Religion oder gemeines Beste abzielenden Endzwecken (ad pios usus), und solche, welche nur zum profanen Gebrauche bestimmt sind. Letztere werden *res profanae*, die ersteren aber *res religiosae* (§. 166.) im heutigen, jedoch weitläuftigen Verstande, genennt. Die res religiosae sind in Ansehung ihres Endzwecks wieder sehr verschieden. Sie sind entweder solche Sachen, die zum öffentlichen Gottesdienst bestimmt sind; oder solche, die zur Beförderung einer andern

bestätiget auch THEOPHILUS in seiner griechischen Paraphrase die gemeine Leseart, welcher τείχη καὶ πύλαι zusammensetzt. Die ganze Stelle des THEOPHILUS lautet nach der Uebersetzung folgendermaßen: *Res sanctae, ut muri portaeque, quodammodo divini iuris sunt, et propterea a nemine possidentur.*

dern frommen oder milden Absicht dienen sollen. Die Sachen der letztern Art werden *res religiosae* in engerer Bedeutung, milde Sachen; eine solche Stiftung selbst aber, welche entweder zur Beförderung der Religion, oder zur Unterstützung und Verpflegung anderer hülfsbedürftiger Personen, oder zum gemeinen Wohl und Besten des Staats, oder zur Erreichung anderer aus Frömmigkeit und Menschenliebe herrührender wohlthätiger Absichten abzweckt, *causa pia*, eine milde Stiftung, oder fromme Anstalt genennt [90]). Dahin gehören Klöster, Missionsanstalten, Hospitäler, Waisenhäuser, Wittwenhäuser, Invalidenhäuser, Findelhäuser, Armenhäuser, Zuchthäuser, Schulen, Stipendien, Freytische, ferner was zu Begräbnissen, zur Ausstattung und Dotirung armer Mädchen, zur Erhaltung der Brücken, öffentlicher Wege u. d. gl. bestimmt und gewidmet ist. Daß dergleichen milde Sachen und Stiftungen in unsern Rechten sehr privilegirt sind, wird sich in der Folge bey vielen Gelegenheiten zeigen [91]). Die Sachen der erstern Gattung sind nach dem heutigen Kirchenrechte wieder von zweyerley Art. Entweder solche, die unmittelbar zum kirchlichen Gottesdienst bestimmt sind, gottesdienstliche Sachen, *res sacrae* im Sinne des heutigen Kirchenrechts, z. B. Kirchengebäude, gottesdienstliche Gefäße

90) Hr. Geh. Just. R. BOEHMER in Princip. iuris canonici §. 461. Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts 2. Th. §. 293.

91) S. *Dietr. Herm.* KEMMERICH Progr. de iusto causarum vere piarum favore. Ienae 1736. und *Ern. Godofr. Christ.* KLÜGEL Disputat. de extensis piarum causarum privilegiis. *Vitemb.* 1761. 4.

fäße und Geräthschaften u. s. w. oder solche, die nur mittelbar zum Gottesdienst abzwecken, Kirchensachen, *res ecclesiasticae*[92]). Dahin gehören Kirchengüter, Capitalien, liegende Gründe, Zehenden und andere Gefälle, welche zur Besoldung der Geistlichen und Kirchendiener, ferner zur Unterhaltung der Kirchengebäude und Pfarrwohnungen, wie auch zur Bestreitung des zur Verwaltung des Gottesdienstes erforderlichen Aufwandes dienen[93]). Von dieser Eintheilung wird bey dem §. 166. ein mehreres vorkommen.

C) In Absicht des öffentlichen Schutzes, und der daraus entstehenden Unverletzlichkeit, sind die Sachen entweder solche, die unter dem besondern Schutz der Gesetze stehen, so daß jede Verletzung oder Vergehung an selbigen härter, als eine gleiche Verletzung anderer Sachen, bestraft wird, oder sie sind nicht in einem so hohen Grade unverletzlich. Sachen der erstern Gattung werden *res sanctae*, heilige Sachen im heutigen Sinne, oder befriedete Sachen genennt[94]). Die Bestimmung, daß eine solche Sache vom gemeinen Gebrauche ausgeschlossen seyn müsse, gehört heu-

92) Im weitläuftigen Verstande werden *res ecclesiasticae* alle und jede Sachen genennt, die einer Kirche gehören, und darunter also auch res sacrae begriffen. In diesem weitläuftigen Verstande werden den rebus ecclesiasticis die *res saeculares* entgegen gesetzt, und darunter alles dasjenige verstanden, quod ad ecclesiam non pertinet. S. Böhmers princip. iur. canon. §. 457. und 458.

93) BOEHMER c. l. §. 458.

94) Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 2. Bd. §. 179. S. 143.

tiges Tages nicht mehr zu dem Begriff derselben. Die Gründe dieser Unverletzlichkeit gewisser Sachen sind,

1) besondere Ehrfurcht, die denen gebührt, die solche Sachen inne haben, oder zu deren Ehre sie bestimmt sind. Dahin gehören alle zum kirchlichen Gottesdienst bestimmte Sachen; Residenzen und Wohnungen eines Regenten [95]); auch die einem Regenten oder einem Andern, um das Staatswohl sehr verdienten Manne, zur Ehre errichtete Säulen und Statüen.

2) Der gemeine und besondere Nutzen, den solche Sachen gewähren. Dahin gehören alle öffentliche Orte, wo öffentliche Personen ihr Amt ausüben, als Raths- und Gerichtshäuser [96]), Gerichtsplätze, Fechtboden, Tanzboden, Reitbahn, Hörsäle, überhaupt alle öffentliche Gebäude; Mauern und Thore einer Stadt; öffentliche Brücken [97]); ferner Grenzmähler, die unter öffentlicher Auctorität gesetzet worden sind [98]); Posten [99]); Mühlen [100]); Meilenzeiger [1]); und Ackerpflüge [2]).

3) Größe

95) STRYK Diss. de residentiarum sanctitate, und Wiese über Residenzen. Rostok 1787.

96) WIELAND Diss. de sanctitate curiarum.

97) ENGAU Diss. de regiorum pontium sanctitate.

98) S. *Christ. Henr.* TROTZII Diss. de termino moto (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. Belgicar. Vol. II. Tom. I. N.* 3. Cap. 2.) wo de religione terminorum mit vieler Gelehrsamkeit gehandelt wird. Add. *Car. Wilh.* MÜLLER Diss. de crimine termini moti. *Lipsiae* 1752.

99) Danz Handbuch des teutschen Privatrechts. 1. Th. §. 134.

100) EMMINGHAUS de molendinorum sanctitate. Ien. 1758.

1) *de* BOEHMER Meditat. ad Art. 114. CCC. §. 4. und Quistorps Grds. des peinl. Rechts 1. Th. §. 212. S. 310.

2) FRICK de aratrorum sanctitate. *Helmst.* 1759. 4.

3) Größe der Gefahr durch Verletzung solcher Sachen, die nur unter Heilighaltung eines allgemeinen Vertrauens, nicht durch Privatsorgfalt, sicher seyn können. Dahin gehören Todenäcker und Grabmähler; ferner Sachen, die bey einer Feuers- Wassers- oder Kriegsgefahr gerettet worden sind; auch Feldfrüchte; Flößholz, und Fische aus öffentlichen Teichen [3]).

§. 165.

Noch einige Bemerkungen über die *res sacras*, *religiosas* und *sanctas* der Römer.

RES SACRAE der Römer erhielten ihre Heiligkeit nur durch eine auf die hergebrachte feyerliche Art ihnen zum Gottesdienst gegebene Weihung, die man *solemnis dedicatio* oder *Consecratio* nannte [4]). Die Pontifizen mußten die Worte der Einweihung vorsagen, die eigentliche Weihung selbst aber geschahe zur Zeit des Freystaats durch einen Consul, oder durch die vom Volke ernannten Duumviros [5]), in der Folge aber durch den Kaiser, und dessen Statthalter oder Gevollmächtigten [6]). Ja die heidnischen Kaiser nah-

3) S. Carl Aug. Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft. §. 261. und 263.

4) S. *Frid.* MENZ Diss. de consecratione templorum Romanorum. *Lipsiae* 1729.

5) GUTHERIUS de vet. iure Pontificio Lib. III. c. 12. *Ant.* MATTHAEI ad §. 8. I. de R. D.

6) Von den Feyerlichkeiten der Dedication handelt sehr ausführlich KEMMERICH in der beym vorigen §. Not. 77. angeführten Dissertat. Cap. I. §. 9. folgg.

men das Amt des Oberpriesters aus Politik selbst mit an, und consecrirten in dieser Eigenschaft die zum Gottesdienst bestimmten Sachen [7]). Wurde ein geweihetes Gebäude, z. B. ein Tempel, abgerissen, so blieb, nach der Natur des Eigenthums, noch der Platz des Gebäudes eine der Gottheit gewidmete Stelle [8]). Nur die evocatio sacrorum konnte die Eigenschaft geweiheter Sachen aufheben [9]).

Eine RES RELIGIOSA hingegen erhielt ihre Heiligkeit durch Begräbniß und Beysetzung des Körpers eines verstorbenen Menschen, welches in den ältern Zeiten, da man den Leichnam verbrannte, in einer Urne, in der Folge aber, da diese Gewohnheit nach Antonin aufgehöret hatte, im Sarge geschahe [10]). Die besondere Weihung durch Priester war hier nicht nöthig, obgleich auch Begräbnisse unter ihrer Aufsicht standen [11]). Sollte jedoch ein locus religiosus werden, so wurde auch erfordert, daß die Beysetzung des Todten auf immer, nicht einstweilen, geschahe [12]). Es mußte

7) *Ev.* OTTO *in Papiniano cap. X. §. 3. p.* 259.

8) §. 8. *in fin. I. h. t. L. 6. §. 3. D. eod.*

9) *L. 9. §. 2. in fin. D. eod.*

10) Man vergleiche *Iac.* GUTHERIUS de iure manium seu de ritu more et legibus prisci funeris. *Paris* 1615. 8. rec. *Lips.* 1671. 8. *Io.* KIRCHMANN de funeribus Romanorum *Francof.* 1672. 8. RETES Relect. ad L. 6. Cod. de religiosis (in *Thes. Meermann. Tom. VI.*) *B.* BRISSONIUS Antiquit. Sel. Lib. II. c. 15. *Sam. Frid.* WILLENBERG de rebus religiosis, (in *Disceptat. iur.* N. 14.) und *Ge. Chr.* PLATZ de religione sepulchrorum. *Lips.* 1725.

11) *L. 5. §. 1. D. de mort. inferend.*

12) *L 2. §. 3. L 39. et 40. D. de religios.* Daher wurde die Grabstätte auf den alten Steinschriften *aeterna sedes* genennt. S.

mußte ferner ein Platz seyn, der dem Begrabenden eigenthümlich zugehörte. Wenn man aber mit Einwilligung des Eigenthümers den Todten auf einem fremden Platz zur Erde bestattete, so ward alsdann der Ort auch religiös. Eine gleiche Wirkung hatte die nachher erfolgte Genehmigung des Eigenthümers[13]). Der Platz mußte ferner ein locus purus seyn, d. i. nicht schon unter die res divini iuris gehören[14]), auch keinem Dritten sonst ein Recht, z. B. Nießbrauch, darauf zustehen, welches durch die Errichtung der Grabstätte gekränkt worden wäre, es müßte denn etwa der Dritte darein gewilliget haben[15]). Wenn ein

S. FERRETIUS in Musaeo Lapid. III. 30. und *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 9. I. h. t.

13) *L. 6. §. 4. D. h. t.* Religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert *in locum suum.* — Sed et in alienum locum, *concedente domino,* licet inferre. Et licet postea ratum habuerit, quam illatus est mortuus, religiosus locus fit. Haloander und einige andere lesen hier *ratum non habuerit.* Allein das *non* ist unstreitig ein Fehler, und wegzulassen. Denn in der Florentinischen Handschrift findet es sich nicht, wie AUGUSTINUS Emendat. lib I. c. 2. bezeugt. Auch ist es in den Basiliken nicht anzutreffen, und THEOPHILUS in *Paraphrasi graeca ad* §. 9. *I. eod.* nimmt es ebenfalls nicht an. Der Sinn dieser Worte ist also nach der richtigen Erklärung des Charondas dieser: *Religiosus locus fit, quamvis non concedente domino primum illatus fuerit mortuus: modo id postea ratum habuerit.*

14) *L. 2. §. 4. D. de religiosis.* Purus autem locus dicitur, qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus: sed ab omnibus huiusmodi nominibus vacare videtur.

15) *§. 9. I. h. t.* Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere.

Leichnam an mehrern Orten zerstückt begraben lag, so wurde nur der Ort, wo der Kopf sich befand, für religiös gehalten; quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest, wie Paulus[16]) sagt; und weil man überdem den Kopf für den edelsten Theil des menschlichen Körpers hielt, woran der Mensch kenntlich ist[17]). Zuweilen wurde zur Ehre eines verdienten oder berühmten Mannes, der ausser seinem Vaterlande sein Leben eingebüßt hatte, und dessen Leichnam man eben darum nicht haben konnte, von seinen Landsleute zu Hause ein Monument errichtet. Ein solches Ehren-

cere. Eben dieses lehren auch *L.* 2. §. 7. *D. de religios.* und *L.* 17. *D. de usufr.* Nur der Erbe, dessen Erblasser Jemandem den Nießbrauch eines Grundstücks vermacht hat, kann, wenn es an einem andern Platze fehlt, wider Willen des Nutznießers den Erblasser auf solches Grundstück begraben. *LL. cit.* 2. *et* 17. Der Nießbraucher kann aber auch umgekehrt ohne Einwilligung des Proprietärs keine Grabstätte auf dem Grundstücke anbringen. *L.* 2. §. 1. *et* 7. *D. de religios.*

16) *L.* 44. *pr. D. de religios.* Siehe *van* BYNKERSHOEK in Observat. iuris Rom. lib. I. cap. V. p. 22. MERILLIUS Obs. I. R. lib. II. cap. 40. MARCKART Interpretat. receptar. Iur. Civ. lectionum Lib. II. cap. 19. und *Herm.* CANNEGIETER Observat. Iur. Rom. lib. I. c. 14.

17) Die Worte der *L.* 14. *cit.* Mihi autem videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est, id est, caput, *cuius imago fit, inde cognoscimur,* werden sehr verschieden gelesen. Die Florentinische Leseart, *cuius imago fit,* ist offenbar fehlerhaft. Haloander liefet, oder interpolirt vielmehr die Worte folgendergestalt: *unde, qualis cuiusque imago fit, cognoscitur.* Die richtigste Leseart haben unstreitig *Hugo a* PORTA, *Robertus* STEPHANUS und *Lud.* BLAUBLOMMIUS; *cuius imago fit, unde cognoscimur.*

Ehrengrabmahl, wo kein Leichnam lag, hieß *Cenotaphium*[18]). Dieses war nach einem gewissen Rescript der Divorum Fratrum, d. i. der Kaiser M. Aurel. Antoninus und Lucius Verus kein locus religiosus[19]). Marcian, ohngeachtet er erst nach den Divis Fratribus lebte, war zwar einer andern Meinung[20]), und beruft sich dabey auf das Zeugniß des Virgilius[21]). Allein es scheint dieß eine bloße Privatmeinung jenes Rechtsgelehrten gewesen zu seyn, welche entweder, weil ihm vielleicht das kaiserliche Rescript nicht bekannt gewesen, welches jedoch kaum glaublich ist[22]), oder weil dasselbe dazumal, wie mehrere andere kaiserliche Rescripte, noch kein allgemeines Ansehen gehabt, oder weil auch bey solchen Ehrengrabmählern, wie bey ordentlichen Begräbnissen, religiöse Ceremonien gebraucht worden sind, oder aus andern dergleichen Gründen entstanden seyn mag[23]). Genug, daß seine Meinung kei-

 nen

18) *L. 42. D. de religiosis.*

19) *L. 7. D. h. t.*

20) *L. 6. §. 5. D. eodem.*

21) Vielleicht *Aeneid lib. III. v.* 301. *sqq.* und *lib. VI. v.* 150. *sq.*

22) NOORDKERK in Obiervat. Decad. cap. V. pag. 100. behauptet auch, daß Marcian das Rescript der Divorum Fratrum gekannt haben müsse, weil er sonst die kaiserlichen Verordnungen genau anführt; überdem die Rescripte der Divorum Fratrum schon längst von PAPIRIUS IUSTUS gesammelt gewesen; und wenn auch eines und das andere in dieser Sammlung nicht gestanden, dennoch Marcian diese leicht habe wissen können, da er im Auditorio Principis gewesen, und ihm das Archiv offen gestanden habe.

23) Mehreres hiervon wird man in folgenden Schriften finden: *Iac.* GOTHOFREDUS Diatr. de Cenotaphio. (in *Otton. Thes.* T. III.)

nen Beyfall fand. Denn Ulpian blieb streng bey dem kaiserlichen Rescript [24]), und legte es auch bey der Frage von Veräusserung eines Cenotaphiums zum Grunde [25]).

Uebrigens war der Platz, wo ein Mensch begraben lag, nur in der abgezeichneten Peripherie des Leichnams (quatenus corpus humatum est) religiös [26]), und nicht im Commerz der Menschen [27]). Denn er war der Seele des Abgeschiedenen (Manibus) zu ihrem beständigen Aufenthalte geweiht. Daher durfte ein solches Grabmahl nicht verkauft, verschenkt, versetzt, vermacht, auch zu keinem profanen Gebrauche angewendet werden. Bey Cenotaphien verhielt sich die Sache anders [28]). Jedoch unterscheide man von der Grabstätte selbst das Recht, einen Todten dahin zu bringen, denn dieses war im commercio [29]). Zuletzt bemerke ich noch, daß ohne Erlaubniß des Priester-Colle-

T. III.) *van* GOENS de Cenotaphiis Diatriba, GAUDENTIUS in Iurid. Exposit. Lib. I. cap. 15. *Corn. van* BYNKERSHOEK in Observ. iur. Rom. lib. I. c. 5. *Abr.* WIELING in lectionib. iur. civ. lib. II. c. 2. *Herm.* CANNEGIETER Observat. iur. Rom. lib III. c 5. SCHRODERUS in Observat. iur. civ. lib. II. c. 5. *van* VRYHOF Obs. iur civ. cap. 10. *Hieron. Ioan.* ARNZENIUS Miscellan. iur. Cap. III. pag. 28. *M. Aurel.* GALVANUS de usufructu Cap. XXX. n. 2. pag. 366. sqq. GUTHERIUS de iure manium lib II. cap. 18. und Westphal in dem angeführten Buch S. 18. folg.

24) *L. 7 D. de R. Div.*

25) *L. 6 in fin. D. de religios.*

26) *L. 2. § 5. D. eodem.*

27) *L. 8. §. 1. L. 12. §. 1. D. eod.*

28) *L. 6. in fin. D. eodem.*

29) *L. 14. C. de legatis.*

Collegiums, oder des Kaisers, oder des Präses der Provinz kein todter Körper aus seiner Grabstätte genommen, und an einen andern Ort gebracht werden durfte [30]). Durch eine solche legale Wegnehmung des Leichnams aber verlohr der Ort, wo er gelegen war, die Eigenschaft einer rei religiosae [31]).

Was die RES SANCTAS der Römer anbetrifft, so erhellet aus dem, was davon schon bey dem vorigen §. gesagt worden ist, daß diese Benennung zweyerley Bedeutungen gehabt habe. Im weitläuftigen Verstande nannte man *res sanctas* alle diejenigen Sachen, auf deren Verletzung eine ausserordentliche Strafe gesetzt war, wenn sie auch keiner besondern Gottheit geweihet waren. In dieser Bedeutung rechnete man auch die Stadtthore, Statüen der Kaiser u. a. m. dahin. Allein zu den Zeiten des heidnischen Alterthums verband man damit noch einen religiösen Begriff, indem man darunter solche Sachen verstand, die den Schutzgöttern besonders geweihet, und daher im eigentlichen Verstande divini iuris waren. Diese Bedeutung hatte ehemals blos bey den Stadtmauern Statt. Ob nun gleich in dem christlichen Zeitalter auch bey den Mauern nur die vorhin angeführte erste Bedeutung einer rei sanctae übrig blieb, so daß daher die Stadtmauern und Thore in unserm Corpus Juris überall zusammengesetzet werden, so hat man doch

30) *L. 8. pr. L. 39. D. de religios. L. 3. §. 4. D. de sepulchro viol.* PLINIUS *lib. X. ep. 69. et 70. L. 1. Cod. de relig. L. 14 C eodem.*

31) S. *Christph. Lud* CRELLII Differt. de translatione mortuorum per territorium alienum ad L. 3. §. 4. D. de sepul. viol. *Vitembergae* 1734. §. 2 — 10.

doch zu Justinians Zeiten noch manche Sätze unbedachtsam beybehalten, wovon die dabey vorkommende Heiligkeit nach der religiösen Vorstellung der heidnischen Römer der Grund seyn mochte. Hierher gehört z. B. daß die Verletzung und Uebersteigung der Mauern sogar mit dem Tode bestraft wurde; auch niemand die Mauern ohne Einwilligung des Kaisers oder seines Präses ausbessern durfte[32]; Sätze, die zu Justinians Zeiten billig hätten wegfallen sollen[33].

§. 166.

Verschiedene Arten der *rerum sacrarum* im Sinne des heutigen Kirchenrechts.

Die hier vorkommenden Begriffe von rebus *sacris*, *religiosis* und *sanctis*, im Sinne des heutigen Rechts, sind schon oben bey der allgemeinen Classification der Sachen in Rücksicht ihrer rechtlichen Qualität mit erklärt, und wie von denselben die *res ecclesiasticae* unterschieden sind, (S. 466.) gezeigt worden. Ich habe also hier nur noch etwas von den mancherley Gattungen der gottesdienstlichen Sachen, oder rerum sacrarum im Sinne des heutigen Kirchenrechts hinzuzufügen. Sachen, die zum unmittelbaren gottesdienstlichen Gebrauche bestimmt sind, werden bekanntermaßen auf eine feyerliche Art zu diesem Endzweck eingeweihet. Diese feyerliche Einweihung (dedicatio) ist nun nach dem katholischen Kirchenrechte von zweyerley Art. Sie geschiehet entweder mittelst einer Consecration, oder nur mittelst einer Benediction. Erstere wird durch

32) *L. 9. §. 4. L. 11. D. h. t.*

33) Westphal in dem angef. Buche §. 10.

durch eine Salbung mit Chrisma (heiliges Oehl), letztere aber durch Besprengung mit Weihwasser verrichtet [34]. Solche Sachen, welche mittelst einer Consecration vom Bischoff zum unmittelbaren Gebrauch des Gottesdienstes sind eingeweihet worden, werden *res sacrae* im engern Verstande; diejenigen aber, die nur mittelst einer Benediction dazu bestimmt worden sind, *res benedictae* genennt. Zu den Gott geheiligten Sachen der ersten Gattung werden Kirchen, Altäre, Patenen und Kelche; zu den Sachen der letztern Art aber Meßkleider, Altarleuchter, Wachskertzen, Glocken, Gottesäcker u. s. w. gerechnet. Dieser Unterschied fällt jedoch in der protestantischen Kirche aus bekannten Gründen weg [35].

§. 167.

In wie fern sind Sachen, die zum gottesdienstlichen Gebrauche bestimmt sind, ausser dem Commerz?

Daß die res divini iuris von den heidnischen Römern als ein Eigenthum der Götter sind angesehen worden, habe ich schon oben (S. 461.) bemerkt. An diesen Sachen konnte sich daher kein Mensch einiges Recht zueignen. Sie waren vielmehr in Ansehung der Menschen res nullius,

34) Den Ritus der Consecration sowohl als der Benediction beschreibt aus dem Pontificali Romano sehr ausführlich Gottlieb Slevogt von den Rechten der Altäre, Tauffsteine rc. Cap. II. §. 3. u. 4. add. P. *Andr.* RUEDEL Diss. de ecclesiarum et altarium consecratione. *Heidelbergae* 1754. et *Ant.* SCHMIDT Institut. iur. eccles. germ. Tom. I. Cap. II. Sect. II. §. 290. et not. **).

35) G. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 590. Slevogt a. a. O. §. 10. S. 100.

lius, d. i. sie gehörten keinem Sterblichen [36]) zu. Es konnte sich also auch Niemand einer Verfügung darüber anmaßen [37]). Sie durften nicht veräussert, nicht verpfändet, noch sonst zu einem profanen Gebrauche angewendet werden [38]). Ob nun gleich diese Grundsätze das Gepräge des heidnischen Aberglaubens unverkennbar an sich tragen, so erhielten sie sich dennoch aus Interesse der Geistlichkeit auch unter den christlichen Kaisern. Man glaubte, daß geweihete Sachen durch die Consecration eine gewisse innere Heiligkeit bekämen, und ein besonderes Eigenthum Gottes oder Christi oder der Heiligen würden, denen sie wären geweihet worden. Die Verordnungen der christlichen Kaiser sowohl, als der Concilien und der Päpste geben uns hiervon die unwiderleglichsten Beweise. Noch Justinian sagt daher in seinen Institutionen [39]): quod divini iuris est, *id nullius in bonis est*: und Gratian [40]) führt unter des röm. Bischofs Bonifacius Namen eine Stelle aus den Capitularien der fränkischen Könige an, in welcher es heißt: quidquid semel fuit consecratum, sanctum sanctorum erit domino. Ja P. Innocenz III. [41]) geht so weit, daß er auch

36) *L. 6. §. 2. D. h. t.* Sacrae res, et religiosae, et sanctae *in nullius bonis sunt.*

37) *L. 1. pr. D. ne quid in loco sacro L. 2. L. 3. D. eodem.* Conf. WESTPHAL Interpretat. iur. civ. de libertate et servitut. praedior. Sect. II. cap. 11.

38) *L. 83. §. 5. D. de Verbor. obligat. L. 8. §. 1. L. 12. §. 1. D. de religios. L. 9. §. 5. D. de divis. rer.*

39) *§. 7. I. h. t.*

40) *Can. 3. Caus. XII. Qu. 2.* S. BERARDUS in Gratiani canones Partis II. Tom. I. cap. 39. pag. 244. (edit. *Venet.)*

41) *Cap. 16. X. de praebend.*

auch die nur zum Unterhalt der Geistlichen bestimmten Güter und Einkünfte der Kirche *patrimonium Iesu Christi* nennt, welche Sprache auch schon das Troslejanische Concilium vom Jahr 909 führte, in dessen viertem Canon, als allgemeiner Satz aufgestellet wird: quaecunque Ecclesiae sunt, Christi sunt, et quicunque ab Ecclesia aliquid ex his quocunque modo alienaverit, abstulerit, invaserit, vastaverit, minoraverit, sive diripuerit, quia Christus et eius Ecclesia una est persona, procul dubio Sacrilegium committit [42]). Kein Wunder, wenn daher auch die christlichen Kaiser die Veräusserung der zum kirchlichen Gottesdienst geweiheten Sachen verbieten [43]). Nur wenig Fälle sind ausgenommen, wo Kr. Justinian deren Verkauf und Verpfändung erlaubt, nämlich um gefangene Christen aus den Händen der Ungläubigen loßzukaufen [44]), ferner bey einer entstandenen Hungersnoth die Armen zu unterhalten [45]), und die Schulden der Kirche, die nicht wohl anders getilgt werden können, zu bezahlen [46]). Allein heutiges Tages denken selbst die Catholiken über das Eigenthum der zum Gottesdienst geweiheten Sachen richtiger. Ich will zum Beweiß nur einen der größten Canonisten unsers Zeitalters,

42) BERARDUS a. a. O.

43) Hierher gehören die Verordnungen des K. Leo *L.* 14. *C. de SS. Eccles.* und des Anastasius *L.* 17 *C. eodem.* welche K. Carl der Große ganz allgemein bestätigte, in BALUZII *Capitular. Tom. I. lib. I. col.* 746. S. RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 301. u. 302.

44) §. 8. *I. h. t.* et THEOPHILUS in Paraphr. graeca ad eund. §.

45) *L.* 21. *Cod. de SS. Eccles.*

46) *Authent. Cod. de SS. Eccles. Nov. CXX.* c. 10. Westphal im Syst. des R. R. die Arten der Sachen ꝛc. S. 23.

alters, den Joseph Valentin Eybel reden lassen, welcher in seiner vortreflichen Einleitung in das katholische Kirchenrecht [47]) Grundsätze davon vorträgt, die mit dem Lehrbegriff des protestantischen Kirchenrechts auf das genaueste übereinstimmen. Es ist richtiger, sagt dieser aufgeklärte Catholik, wenn ich dasjenige, was zum Dienst Gottes bestimmt wird, vielmehr Gott geweihet, als Gott geschenkt, oder Gott zum Eigenthum gegeben, nenne. Denn Eigenthum ist das Recht, mit der Substanz einer Sache, und mit alle dem, was aus ihr kömmt, und zu ihr gehöret, frey nach Willkühr zu schalten; und dieses Recht braucht Gott ja nicht erst von uns geschenkt zu erhalten, wenn er es, als Gott, und als der höchste Herr aller Dinge ausüben will. Er hat es nämlich als Gott von selbst. Menschlicher Weise aber, wie wir sehen, übt er es nicht aus, sondern es wird den Menschen nach der Art, wie es sich gebühret, auszuüben überlassen. Gott hat alles, was er in dieser Welt erschaffen hat, der Herrschaft des Menschen unterworfen [48]), und verlangt nichts anders, als das alles, was er erschaffen hat, vernünftig zu seinem gehörigen Zweck angewendet werde. Es kann also der Mensch dem allerhöchsten Gott nichts eigentlich schenken, kein Eigenthumsrecht auf Gott übertragen, sondern nur blos etwas von seinen von Gott erhaltenen Gütern zum Dienste Gottes weihen und widmen. Fragt man nun aber, wo dann das Eigenthumsrecht der Sache hinkomme, dessen sich derjenige begiebt, der seine Sache einer Kirche opfert? so ist diese Fra-

47) Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. II. Lib. II. Cap. 4. §. 118. Not. a. b. c. d. pag. 134. sq. et §. 119.

48) I. B. Mos. 1. v. 26—28.

Frage, sagt Eybel, sehr leicht zu beantworten. Es kömmt nämlich auf denjenigen, dem diese Kirche gehört, und zwar kommt es mit dieser Bedingung auf ihn, daß er es zum Dienste Gottes anwenden solle. Haben nun sämmtliche Mitglieder eines Staats zu gemeinschaftlicher Einrichtung und Ausübung des Gottesdienstes mit einander beygetragen, so ist das Eigenthumsrecht von dieser ganzen Stiftung beym ganzen Staat, oder bey dem Fürsten, auf welchen alles, was der Staat eigenthümliches hat, mittelst des Unterwerfungsvertrags übertragen worden ist. Haben aber nur einzelne Gemeinden im Staate unter sich zur Stiftung gottesdienstlicher Sachen beygetragen, so sind zwar dieselben derjenigen Gemeinde von der Bürgerschaft eigen, welche sie zu ihrer Religionsübung auf ihre gemeinschaftliche Kosten angeschaft hat; allein das majestätische Recht der obersten Aufsicht in Religions- und Kirchensachen steht dem Landesfürsten auch über die den kirchlichen Gemeinden im Lande gehörigen Güter zu, vermöge welchen er sich in den Fällen, wo es die Bedürfnisse des ganzen Staats erheischen, dieses Kirchen-Eigenthums seiner Bürger auch wider ihren Willen zur Rettung oder Erhaltung des Staats zu bedienen berechtiget ist [49]). Haben endlich einzelne Personen zur Got-

49) Hr. Reg. Rath Brauer in der schönen Abhandl. von dem Verhältniß der Kirchenstiftungen gegen die Staatsgewalt (unter den Abhandlungen zur Erläuterung des Westphäl. Friedens II. Bandes Einleitung) §. 7. behauptet, daß dem Staate ein Obereigenthum, den Gemeinden aber nur ein Untereigenthum zustehe. Allein man vergleiche die Abhandlung über die Verwendung des Kirchenvermögens in dem Archiv für die

Gottesverehrung mit Genehmigung des Landesfürsten etwas gestiftet, so kommt es darauf an, ob sie solches blos zu ihrem eigenen Privatgottesdienste, oder ob sie es zur öffentlichen Religionsübung einer ganzen Gemeinheit gewidmet haben. Im erstern Falle gehören solche Sachen, z. B. Hauskapellen mit ihren Einrichtungen und Zubehörungen, den Familien und Personen eigenthümlich, die solche zu ihrer Religionsübung gestiftet und angeschaft haben. Im letztern Falle aber ist wieder darauf zu sehen, mit welcher Erklärung der Stifter dergleichen Güter zum Dienste Gottes bestimmt und gewidmet hat. Sind diese Güter zur öffentlichen Religionsübung einer schon existirenden Gemeinde vermacht worden, so gehören sie zu deren Kircheneigenthume. Hat aber der Stifter verordnet, daß die bestimmten Güter dazu verwendet werden sollen, an irgend einem Orte eine Kirche zum öffentlichen Gottesdienste einer christlichen Religionsparthey zu erbauen und einzurichten; so sind dergleichen Güter, als öffentliche Sachen, dem Staate oder desselben Regenten mit dieser Bedingung übergeben worden, daß, wenn die Bedürfnisse oder der Nutzen des Staats nicht eine andere Bestimmung derselben erfordern sollten, sie nach dem Willen und Verlangen desjenigen, der solche gestiftet hat, verwendet werden sollen. Dem Stifter gebührt aber in solchen Fällen das Patronatrecht, welches sich, unter andern mancherley Rechten und Pflichten, vorzüglich durch das Recht, für eine erledigte Pfarre einen Geistlichen zu ernennen, und solchen der Gemeinde vorzustellen,

theoret. und pract. Rechtsgelahrtheit von Hagemann und Günther II. Theil N. 1.

stellen, wirksam äussert [50]). Soweit Eybel. Nach diesen ganz richtigen Grundsätzen können also kirchliche Gebäude, und andere zum unmittelbaren gottesdienstlichen Gebrauche gewidmete Sachen entweder in dem Eigenthume des ganzen Staats, oder einzelner Gemeinden im Staate, oder einzelner Personen oder Familien seyn [51]. Was von ganzen Kirchengebäuden gilt, findet auch in Absicht der Zubehörungen derselben Statt. Ein Accessorium der Kirchengebäude sind die Kirchenstühle [52]. Das Eigenthumsrecht über dieselben kömmt daher der Kirche zu, wenn auch gleich ein einzelnes Mitglied derselben einen Kirchenstuhl auf seine eigenen Kosten gebauet hätte [53]. Die Kirche pflegt sie je-

 doch

50) HOMMEL Rhapsod. Quaest. Forens. Vol. VI. Obs. 796. n. 5. sqq. pag. 378 — 380. sucht jedoch aus vielen Gründen zu beweisen, daß dem Patron das dominium directum über die von ihm gestiftete Kirche und deren Güter zukomme.

51) Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Teutschland §. 278. u. Ebendesselben besondere Grundsätze des Kirchenrechts der Katholiken in Teutschland. §. 540. Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts 2. Th. (Leipzig 1800.) §. 297. S. 708 f. und §. 307. S. 740. ff. Anderer Meinung sind Fried. von Bülow und Theod. Hagemann in den practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band. 58. Erört. S. 293.

52) Eine sehr ausführliche Abhandlung von den Kirchenstühlen findet man in Dr. Joh. Christ. Conr. Schröters vermischten juristischen Abhandlungen II. Band (Halle 1766. 8.) S. 322 — 362. Dieser ist beyzufügen Joh. Christ. Köhlers Abhandl. von Kirchenstühlen und deren Rechten in Chursächsischen Landen. Dresden 1790. 8.

53) WERNHER sel. Observat. for. T. I. P. III. Obs. 119. GRIEBNER in Observat. iur. eccles. Obs. 100.

doch den Gemeindegliedern auf verschiedene Art zu überlassen, und davon Nutzen zu ziehen [54]). Daher sind die Kirchenstände von verschiedener Art. Sie werden nämlich in öffentliche und Privat-Kirchenstühle, und die erstern wieder in Herrschaftsstühle, Amtsstühle und gemeine Kirchenstühle eingetheilt. Von den Privatkirchenstühlen giebt es ebenfalls zwey Arten, nämlich erbliche und nicht erbliche. Letztere sind alle diejenigen, welche Jemandem nur auf eine gewisse Zeit verliehen werden. Erstere hingegen haften entweder auf gewissen Höfen oder Häusern, so daß sie auf jeden Besitzer derselben erbweise, oder unter einem andern Titel übergehen; oder sie stehen einer gewissen Familie zu, und gehen auf alle rechtmäßige Erben des Erwerbers. Gemeiniglich erhält jedoch ein jeder Eingepfarrter seinen Kirchenstuhl nur auf Lebenszeit. Folglich wird auch nicht vermuthet, daß irgend ein Kirchenstuhl erblich sey; sondern dieses muß gehörig erwiesen werden [55]). Das Recht des Besitzers eines nicht erblichen Kirchenstandes gehet also mit seinem Tode verlohren, und fällt an die Kirche, die solches nicht länger ertheilen wollen, zurück. Mithin darf er weder in seinem Testamente darüber disponiren, noch können desselben gesetzmäßige Erben

54) *Christ. Gottl.* HOMMEL Disput. iur. eccles. de subselliorum ecclesiasticorum commercio. *Vitembergae* 1769. 4. u. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten. §. 292.

55) MEVIUS in Decis. P. V. Obs. 408. n. 2. PHILIPPI Diss. de subselliis templorum Cap. I. §. 10. Schröter a. a. O. S. 334. f. Einer andern Meinung ist LEYSER Spec. XXII. med. 4.

Erben einige Ansprüche daran machen[56]). Viel größer ist hingegen die Freyheit, welche den Besitzern an den erblichen Kirchensitzen zukommt. Solche Stühle können nicht nur durch Kauf und andere dergleichen Handlungen unter den Lebendigen auf Andere gebracht werden, sondern sie kommen auch nach dem Tode des Besitzers auf desselben rechtmäßige Erben. Der Kirche steht an solchen Stühlen nur das Obereigenthum, den Besitzern hingegen das nutzbare Eigenthum zu[57]).

§. 168.

Von Veräusserung der Kirchengüter.

Wenn nun aber gleich Sachen und Güter einer Kirche, sie mögen zum unmittelbaren oder mittelbaren Gebrauch des Gottesdienstes abzwecken, nach den heutigen gereinigten Grundsätzen sowohl des katholischen, als protestantischen Kirchenrechts nicht mehr für ein besonderes Eigenthum Gottes oder Christi gehalten werden; so erfordert es doch das Beste der Kirche, daß solche Sachen ihrem Endzweck gemäß, wozu dieselben ihrer Natur nach bestimmt sind, angewendet werden. Daher verbieten geist- und weltliche Gesetze, Kirchengüter und insonderheit solche Sachen, welche unmittelbar zum kirchlichen Gottesdienst bestimmt sind, nach Willkühr zu veräussern, oder sonst einen

56) WERNHER Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 462. CARPZOV Iurisprud. Consistor. Lib II. Tit. XXIII. definit. 364. n. 2. et 3. und definit. 363. n. 6. 7. PUFENDORF Observation. iur univ. Tom. I. Obs. 39.

57) Titius Probe des teutschen geistlichen Rechts II. Buch 3. Hauptst. §. 13. u. 20.

profanen Gebrauch davon zu machen[58]). Soll nämlich die Veräusserung solcher Sachen auf eine gültige Art geschehen, so wird zweyerley hierzu erfordert,

1) daß eine rechtmäßige Ursache vorhanden sey, und

2) daß die gesetzlich vorgeschriebene Form (*solennitas ecclesiastica*) gehörigermaßen beobachtet werde.

Eine rechtmäßige Ursache der Veräusserung ist entweder die Nothdurft, dahin gehört dringende Schuldenlast und dringende Nächstenliebe; oder ein überwiegender Vortheil der Kirche. Der letztere ist nach dem Kirchenrechte der Protestanten, sowohl bey der Veräusserung der gottesdienstlichen, als anderer Kirchensachen hinreichend[59]). Allein nach dem canonischen Rechte der Katholiken ist zur Veräusserung der gottesdienstlichen Sachen der bloße Vortheil der Kirche nicht hinreichend, sondern Nothdurft oder dringende Nächstenliebe sind die einzigen gerechten Ursachen derselben.[60]).

Zur

58) *Io. Casp.* BARTHEL Diss. de rebus ecclesiae non alienandis, (in *Opusc.* Tom. II. opusc. 8.) LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. XXIV. SCHOLLMAYER Diss. de rebus ecclesiae non alienandis *Moguntiae* 1780.

59) Schnauberts Grds. des Kirchenrechts der Protestanten in Teutschland. §. 284. und Höpfners Commentar über die Institutionen des Heineccius. §. 271.

60) BOEHMER Princip. iuris canon §. 620. und Schnauberts besondere Grundsätze des Kirchenrechts der Katholiken in Teutschland §. 541.

Zur Feyerlichkeit der Veräusserung hingegen wird erfordert, daß dieselbe nach vorhergegangener Untersuchung der Sache, und mit Concurrenz und Einwilligung aller derjenigen, welche dabey ein Recht oder Interesse haben, nämlich der Kirchenvorsteher[61]), des Patrons und des Kirchenregenten, geschehe, und nächstdem von dem gesetzlichen Kirchen-Obern, welcher bey den Katholiken der Bischoff, bey eremten Stiftern aber der Pabst, und in den evangelischen Landen gewöhnlich das Consistorium ist, die erforderliche Erlaubniß durch ein Decret (decretum de alienando) ertheilt werde[62]). Es giebt jedoch Fälle, wo diese Feyerlichkeit bey der Veräusserung der Kirchengüter nicht erfordert wird. Dahin gehört,

a) wenn ein Dritter die Alienation mit einem vollkommenen und unbezweifelten Rechte verlangen kann. Z. B. die Kirche hatte das Grundstück wiederkäuflich, oder unter der Bedingung acquirirt, um denjenigen, der ihr das Eigenthum überlassen hat, wieder damit zu belehnen. Die Veräusserung geschiehet in solchen Fällen vermöge rechtlicher Nothwendigkeit (*alienatio necessaria*).

61) Bey der Veräusserung der Stiftsgüter wird der Consens des Domkapituls erfordert, *cap. fin. de his, quae fiunt a maiori parte.* S. auch Strubens Nebenstunden 1. Th. 1. Abh. §. 18. pag. 144—150.

62) *a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 309. sqq. *G. L.* BOEHMER cit. Princip. §. 621. Schnauberts Grds. des Kirchenrechts der Protestanten §. 285. und Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts 2. Th. §. 301.

b) Wenn die zu veräussernden Kirchensachen von geringerm Werthe und Nutzen, auch zum gottesdienstlichen Gebrauche nicht unmittelbar bestimmt sind [63]).

Das Weitere hiervon gehört nicht hierher.

§. 169.

Von den mancherley Arten herrenloser Sachen nach dem System des röm. Rechts. Insonderheit von den rebus communibus.

Sachen, worüber Menschen disponiren können (res humani iuris), sind entweder eigenthümliche, oder herrenlose Sachen. Hier soll zuerst von der letztern Art gehandelt werden [64]). Unser Verf. gedenkt hier nur der rerum communium, allein diese machen bey weitem nicht alle Arten der im römischen Rechte vorkommenden rerum nullius aus. Wir können sie in solche eintheilen, die ganz herrenlos, und solche, welche es nur in gewisser Rücksicht sind. Als ein Beyspiel von der letztern Gattung führt Cajus [65]) die Erbschaften an. *Nam res hereditariae*, sagt dieser röm. Jurist, *antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.* Eine Erbschaft, wozu sich der Erbe noch nicht erklärt hat, ist zu keines jetzt lebenden Menschen gegenwärtigem Eigenthume zu rechnen. Der ehemalige Eigenthümer ist gestorben, und derjenige, welcher statt seiner eintreten soll, erwirbt die Erbschaft erst durch die

63) RIEGGER c. l. §. 313. Vid. etiam *can.* 20. *et* 53. *Cauf. XII. Qu.* 2.

64) S. *Dan* NETTELBLADT Theoria general. doctrinae de iure in re, quae est res nullius. *Halae* 1779. 4.

65) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

die Antretung derselben. Von dieser Seite betrachtet, ist also eine Erbschaft wirklich herrnlos [66]). Allein damit sie kein Gegenstand der Occupation werden möchte, wird sie doch auch vermöge einer rechtlichen Fiction als ein noch fortdauerndes Eigenthum des Verstorbenen angesehen [67]); und Niemand, ausser dem Erben, darf sich daran vergreifen [68]). Nur allein dem Erben steht ein ausschliessendes Recht zu, die Erbschaft zu erwerben. Von seiner Erklärung hängt es also einzig ab, Herr davon zu werden. In dieser Hinsicht wird daher die Erbschaft eine res heredis genennt, und, gewisser Folgen wegen, bereits als ein Eigenthum des Erben betrachtet [69]). Zu den Sachen, die nur gewisser maßen herrenlos sind, gehören ferner Sachen des Feindes, mit welchem man Krieg führt [70]).

66) *L. 3. pr. D. de peculio.*

67) Daher sagen unsere Gesetze: hereditas iacens personae defuncti vicem sustinet, repraesentat defuncti personam, defuncti locum obtinet etc. S. *Princip. I. de stipulat. servor. L. 34. D. de acquir. rer. dominio. L. 31. §. 1. D. de heredib. instituend.* Daß man sich aber bey einer Erbschaft, welche der Erbe noch nicht angetreten, nach römischen Begriffen den verstorbenen Erblasser noch als Eigenthümer gedenken müsse, und was das für Folgen haben könne, lehrt Hermogenian *L. 61. D. de acquir. rer. dom.* Hereditas in multis partibus iuris *pro domino* habetur, adeoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. Man vergleiche hierbey FINESTRES in Hermogeniano Tom. II. pag. 928.

68) *Ant.* FABER in Rational. ad L. 1. D. h. t.

69) *L. 24. D. de Novat.* Westphal in dem eben angef. Buch S. 10.

70) *L. 5. §. 7. L. 51. §. 1. D. de acquir. rer. dom. §. 17. I. de Rer. divis.* S. *Io. Tob.* RICHTER Diss. de mobilibus privatorum rebus inter arma captis et alienatis. *Lipsiae* 17[illegible]6. 4.

An sich sind diese Sachen nicht herrenlos, allein ich bin befugt, sie wegzunehmen, und mir solche zuzueignen, so gut, als ob sie res nullius wären, weil theils der Staat das Eigenthum des Feindes nicht anerkennt, theils dies nöthig ist, um Ersatz für die vom Feinde erlittene Beleidigung, und künftige Sicherheit zu bekommen[71]).

Ganz herrenlose Sachen sind wieder von verschiedener Art. Entweder sie sind von Natur herrenlos, weil sie nie einen Herrn gehabt haben, oder sie sind durch Dereliction des ehemaligen Besitzers, d. i. weil der vorige Besitzer sein Eigenthum daran aufgegeben hat, herrenlos geworden; diese werden verlassene Sachen (*res derelictae*) genennt[72]); oder durch das Alterthum der Zeit ist der ehemalige Eigenthümer so unbekannt geworden, daß es nun unmöglich ist, ihn auszuforschen[73]); dahin gehören die gefundenen Schätze; oder es sind Thiere, welche ihre natürliche Freyheit wieder erhalten haben, (*ferae bestiae, quae nostram evaserunt custodiam*, et *animalia mansuefacta, quae animum revertendi deposuerunt*)[74]). Sachen, die von Natur herrenlos sind, sind wieder von zweyerley Art; entweder solche, die durch die Occupation ein ausschließliches Eigenthum eines Jeden werden können, oder sie sind solche, die zwar Jeder zu gebrauchen die Freyheit hat, aber Niemand ausschließlich und

71) Hugo Lehrbuch des heutigen röm. Rechts §. 41. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 302.

72) *§. 47. I. de Rer. divis. L. 1. et 2. D. pro Derelicto.*

73) *L. 31. §. 1. D. de Acq. rer. domin.*

74) §. 12. 14. *et* 15. *I. de Rer. divis.* Hugo a. a. O. §. 40.

und im Ganzen sich zueignen kann. Sachen der ersten Gattung werden res nullius im strengen Verstande genennt, dahin gehören nach dem Röm. Rechte alle wilde Thiere, sowohl auf dem Lande als in der Luft, alle Fische in den Flüssen und Seen, ingleichen das, was sich an den Ufern der Flüsse, des Meers und der Seen, als deren Auswurf, findet[75]). Herrenlose Sachen der letztern Art aber werden *res communes* im eigentlichen Sinne des Röm. Rechts genennt. Zu diesen rechnen die römischen Gesetze die Luft, das fliessende Wasser, das Meer und die Ufer des Meers[76]), insofern nämlich von dem Ganzen, nicht aber blos von kleinern Theilen dieser Sachen, als welche man sich hiervon allerdings zu eigen machen kann, die Rede ist[77]). Also nur die Luft an sich, sofern sie diese ganze Erde umgiebt, und kein lebendiges Geschöpf ohne sie leben kann, ist eine commune Sache im Sinne des römischen Rechts. Ein jeder kann sich derselben zu seinen Bedürfnissen bedienen, keiner aber ist fähig, sie im Ganzen zu occupiren. Allein der Luftraum, der über einem Grundstücke sich befindet, gehört dem Eigenthümer desselben ausschließlich. Niemand darf daher einen Theil seines Gebäudes, einen Erker, oder Wetterdach u. d. gl. hineinragen lassen, wenn ihm diese Befugniß nicht vermöge der servitutis protegendi oder proiiciendi zusteht.

75) §. 12. *I. h. t. L.* 1. *§.* 1. *D. de Acquir. Rer. Dom. L.* 1. §. 1. *D. de Acquir. vel amitt. poss. §.* 18. *I. et L.* 3. *D. de Rer. Divis.*

76) *§.* 1. *I. et L.* 2. *§.* 1. *D. h. t.*

77) S. Nettelbladt in der angef. Dissertat. Sect. I. §. 6.

sieht[78]). Auch ist der Eigenthümer der Regel nach berechtiget, auf seinem Grundstücke eine Windmühle anzulegen, wofern nicht nach ausdrücklichen Landesgesetzen, oder vermöge Herkommens, die Erbauung neuer Mühlen zu den landesherrlichen Regalien gerechnet wird[79]). Eben so verhält sich's auch mit dem vorbeyfliessenden Wasser. Es ist hier nicht von Flüssen die Rede, welche, als publike Sachen, unstreitig zum Staatseigenthum gehören; sondern von dem Flußwasser an sich betrachtet, insofern es im beständigen Laufe ist, und ab- und zufließt, mithin nie immer dasselbige ist[80]). Dieses ist ohne Zweifel eine res communis. Denn jeder Mensch kann Wasser schöpfen, so viel

78) *L. 1. pr. D. de servit. praed. urbanor. L. 22. §. 4. D. quod vi aut clam.*

79) Man vergleiche MEVIUS Tom. II. P. IX. Decis. 72. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 45. HOMMEL Rhapsod. Quaestion Forens. Vol I. Obs 216. Strubens rechtl. Bedenken II. Th. Bed. 48. S. 165 WERNHER Observ. select. for. T. I. P. II. Obs. 382. eiusdemq. *Supplem. novo.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CCCCXXVI. med. 8. Pütters auserles. Rechtsfälle II. Bandes IV. Theil Resp. 238. 14te Frage S. 1060. f. Westphals teutsches Privatrecht II. Theil, 52. Abhandl. S. 158. ff. Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bem. 5. S. 39. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Band §. 105. Wie sehr hierin die teutschen Landesgesetze und Gewohnheiten von einander abweichen, hat *Ge. Henr.* AYRER in Prolus. de diversitate legum ac consuetudinum germanicarum circa regale molarum. *Goettingae* 1772 gezeigt. Das neue Preuß. Landrecht 2. Th. 15. Tit. §. 233. stimmt mit den von mir vorgetragenen Grundsätzen vollkommen überein.

80) Nettelbladt a. a. O.

viel er braucht. Allein einzelne Portionen von diesem Flußwasser werden durch die Occupation unstreitig ein Eigenthum des Schöpfenden, und dieser kann damit machen, was er will. Eben so kann man auch von dem Meere nur einen geringen Theil sich zu eigen machen, den man neben seinen Grundstücken hat [81]). Man kann auch durch Anlegung eines Baues auf demselben die damit belegte Fläche so lange zu seinem Eigenthume machen, als der Bau fortdauert, nur darf dadurch der gemeine Gebrauch des Meers nicht gehindert werden [82]). Allein der Ocean selbst ist kein Gegenstand einer Occupation, und kann mithin von Niemandem eigenthümlich erworben werden [83]).

Von

81) *L. 14. D. de iniuriis.*

82) *L. 1. §. 18. D. de operis novi nunciat.* L. 2. §. 8. L. [illegible] §. 1. *D. ne quid in loco publico fiat.* In dieser letztern Stelle heißt es: *Maris* communem usum omnibus hominibus, ut aëris: iactasque in id pilas eius esse, qui iecerit; sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit. *Pilae iactae* heißen hier aufgestellte, aufgerichtete, eingesetzte Pfeiler, so erklärt es Hr Prof. WESTPHAL in Interpretat. iuris civ. de libertate et servitut. praedior. Sect II. Cap. IX. §. 165 Not. 132. Es kann aber auch darunter ein mit Steinen ausgefüllter Grund im Meere (moles in mare iacta, *L. 2. §. 8. eod*) verstanden werden, worauf ein Gebäude errichtet werden kann. S. BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. *Pila.*

83) BYNKERSHOEK de dominio maris (in *Opuscul. T. I. n.* [illegible] HUBER Digression. Iustinian. lib. IV. cap. 13. Der Str[illegible] über die Freyheit und das Eigenthum des Meers zwisch[illegible] GROTIUS de mari libero (hinter s. Werk *de iure Belli ac Pacis*) und SELDENUS de mari clauso *Londini* 1636. 8. ist bekannt. Seldens Gründe hat Huber widerlegt a. a. O. cap. 14. 15. 16.

Von kleinern Meeren und Seen ist hier die Rede nicht, denn diese können allerdings im Eigenthume einer Nation seyn 84). Was endlich die Ufer des Meers antrift, so ist darunter eigentlich nur derjenige Raum zu verstehen, welcher bey der durch Sturm und Ungewitter verursachten stärksten Aufbrausung und Anschwellung des Meers, besonders zur Winterszeit, unter Wasser gesetzt wird 85). Diese dienen zwar zu eines Jeden Gebrauche, so daß man auf diesen anlanden und austreten, die Schiffe anlegen, sie ausbessern, die Netze trocknen, einen Verschlag zu einem kur-

84) S. *Henr. Com. a* BÜNAU Diss. de iure Imperatoris atque Imp. Rom. Germ. circa maria. Lipsiae 1744. Add. BUDER Diss. de dominio maris suevici, vulgo lacus Bodamici. *Ienae* 1742. (in WEGELIN *Thes. rer. suevic. Vol. IV.*) und Fr. Ludw. von Cancrin Abhandl. vom Seerechte §. 57.

85) *L.* 96. 112. *D. de V. S.* §. 3. *I. de Rer. Div.* In dieser letztern Stelle sagt Justinian: Est autem *litus maris*, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. AVERANIUS Interpretat. iuris T. I. Lib. I. cap. 20. n. 3. und MAIANSIUS Diss. de litore maris in *Dissertat. T. II. n.* 70. machen hierbey die Bemerkung, daß *fluctus hibernus* nicht die Anschwellung im Winter anzeige, welche zu solcher Zeit nicht immer die größeste zu seyn pflege. *Hibernus fluctus* heiße vielmehr soviel als fluctus tempestate agitatus, also jede Anschwellung der See bey Sturm und Ungewitter. Auf die Jahreszeit käme es hier nicht an. Denn *Hiems* heiße nicht blos die ungestüme Witterung zur Winterszeit, sondern jedes Ungewitter zur See (tempestas maris irati). Allein CANNEGIETER in Observat. Iur. Rom. Lib. II. cap. 4. hat ihn aus der Erfahrung widerlegt, und beruft sich auf die Zeugnisse des Vegetius, Apulejus und Isidorus, daß das Ungestüm und Aufbrausen des Meers zur Winterszeit am größesten sey.

kurzen Aufenthalt sich daselbst machen kann u. s. w. [86]). Allein im Ganzen findet keine Occupation Statt. Daß jedoch Theile des Seeufers zum Eigenthume des Staats gehören, und sofern sie noch von Niemandem occupirt sind, auch durch Anbau ein Eigenthum einzelner Privatpersonen werden können, lehren uns selbst die römischen Gesetze. So z. B. sagt **Celsus** [87]): *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror;* und **Paulus** [88]) nennt das Seeufer *litus publicum*, mit dem Beyfügen, daß wer einen Bau auf solchem Ufer anlegen wolle, eine Erlaubniß auswirken müsse. Dahingegen sagt **Ulpian** [89]): *Quodsi quis in mare vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit:* und **Scävola** [90]): *In litore iure gentium aedificare licet, nisi usus publicus impediret.* Es darf also nur durch Anlegung eines Baues an dem Ufer der See der gemeine Gebrauch des Ufers nicht gehindert werden, dann bleibt der Platz so lange dem Anbauer, als der Bau stehet. *Alioquin*, sagt **Marcian** [91]), *aedificio dilapso, quasi iure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et, si alius in eodem loco aedificaverit, eius fiet.*

Daß

86) §. 5. *I. h. t.* L. 51. *D. de contr. emt. vendit.* L. 1. *C. de naufrag.*

87) *L. 3. pr. D. ne quid in loc. publ.* WESTPHAL cit. Interpretat. de libert. et servit. praedior. §. 167.

88) *L. 50. D. de acquir. rer. dominio.*

89) *L. 1. §. 18. D. de operis novi nunciat.*

90) *L. 4. D. ne quid in loco publico.*

91) *L. 6. pr. D. h. t. L. 14. §. 1. D. de acquir. rer. dom.*

Daß übrigens heutiges Tages manche Sachen, die bey den Römern für ganz herrenlos gehalten wurden, zu den publiken Sachen gehören können, deren Occupation sich die Landesherren privative anmaßen, lehrt die Erfahrung [92]).

§. 170.

Welche Sachen sind unter den Staatssachen zu verstehen, und wie vielerley sind sie?

Die eigenthümlichen Sachen sind wieder von verschiedener Art. Das Eigenthum gehört entweder dem Staate, oder den Unterthanen desselben. Sachen, welche sich in dem Eigenthume des Staats befinden, werden öffentliche Sachen, (res publicae), oder Staatsgüter genennt [93]). Diese sind entweder solche, an welchen der Gebrauch jedem Staatsbürger freysteht, oder solche, deren Gebrauch nur der höchsten Staatsgewalt zukommt. Erstere werden öffentliche Sachen in der engern Bedeutung, (*res publicae in sensu stricto*) genennt; Staatssachen der letztern Art hingegen machen das Staatsvermögen, (*patrimonium reipublicae, res patrimoniales reipublicae*) aus. Zu den öffentlichen Sachen in der engern Bedeutung rechnen die Gesetze die Flüsse, welche das Staatsterritorium durchströmen, und die Seehäfen (portus)

92) S. *Io. Ant. Lud.* SEIDENSTICKER Commentat. de fundamentis iuris supremae potestatis circa adespota ex iure publico universali, iure Rom. et iure publico German. *Goettingae* 1789. 4.

93) LEYSER Diss. *de rebus publicis*, (in EIUS Meditat. ad Pandect. Specim. XXV.)

tus) [94]. Das Eigenthum derselben gehört zwar dem Staate, allein ihr Gebrauch stehet jedem Bürger frey. Jeder Bürger kann daher die öffentlichen Flüsse beschiffen, und darinn die Fischerey üben [95]; er kann ferner in dem Flusse einen Bau anlegen, oder niederreissen, er kann sich auch der Häfen dabey bedienen, in sofern dadurch dem gemeinen Gebrauche, dem Staate, und Privatpersonen kein Nachtheil erwächst [96]. Daher ist es keinem Privatmann erlaubt, zu seiner Bequemlichkeit eine Brücke über einen öffentlichen Fluß zu schlagen, wodurch die Schiffahrt gehindert wird [97]. Die Ufer der Flüsse gehören zwar eigentlich den angränzenden Nachbarn, jedoch müssen dieselben jedem Bürger frey gelassen werden, so weit er es zum gemeinen Gebrauche des Flusses nöthig hat [98], und blos in diesem Verstande wird von ripis gesagt, daß sie *publicae* seyn [99]. Es steht daher einem Jeden frey, mit seinem Schiffe an das Ufer anzulanden, die Schiffsseile an den darauf gewachsenen Bäumen zu befestigen, Fischernetze daselbst zu trocknen, oder sonst eine Last darauf zu legen, mit eben dem Rechte, als auf

94) *L.* 1. §. 3. *D. de fluminib. L.* 3. *D. eodem. L.* 4. §. 1. *D. de rer. divis.* Conf. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. Sect. II. c. 10. und *Car. Frid.* WINCKLER Diss. de iure circa flumina. *Kiel* 1758. §. 4.

95) §. 2. *et* 4. *I. h. t.*

96) *L.* 24. *pr. D. de damno inf. L.* 1. §. 12. *D. de fluminib. L.* 10. §. 2. *D. de aqua pluv. L. un.* §. 1. *et* 4. *D. ne quid in flum. publ.*

97) *L.* 4. *D. de fluminib.*

98) §. 4. *I. et L.* 5. *pr. D. de divis. rer.*

99) *L.* 3. *pr. D. de fluminib.*

auf dem Fluße selbst zu schiffen[100]). Nur darf Niemand etwas an oder auf dem Ufer unternehmen, wodurch der Schiffarth, dem gemeinen Gebrauche des Ufers, oder auch den angränzenden Nachbarn geschadet wird [1]). Uebrigens verstehen die Geseze unter dem Ufer dasjenige Land, welches den Fluß, so lange er die natürliche Richtung seines Laufs behält, auf beyden Seiten einschließt, und vom Wasser auch bey vollem Strome nicht überschwemmt wird [2]). Zu den publiken Sachen in der engern Bedeutung gehören auch die öffentlichen Wege, Land, oder Heerstrassen[3]), (*viae regiae*, zur Zeit des Freystaats aber *praetoriae, consulares*[4]); denn auch bey diesen ist Grund und Boden öffentliches Eigenthum. *Viam publicam* eam dicimus, sagt Ulpian[5]), *cuius etiam solum publicum est.* Allein in jedem bürgerlichen Staate haben öffentliche Strassen allgemeinen Gebrauch[6]). Es ist daher ein Jeder befugt, bey der Obrigkeit Beschwerde zu führen, wenn Jemand etwas

100) *L. 5. pr. D. de Rer. divis. L. un. §. 8. D. ut in flum. publ. navig.*

1) *L. un. §. 2. D. de ripa mun. L. 1. §. 16. D. de fluminib. L. un. §. 6. D. ne quid in flum. publ.* Conf. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. c. l. §. 184 — 187.

2) *L. 1. §. 5. L. 3. §. 1. D. de fluminib.* WESTPHAL c. l. §. 182. 183.

3) Conf. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. Sect. II. cap. 4. et *Vinc.* BARTOLUCCI Diss. de viis publicis. *Romae* 1786. 4.

4) *L. 2. §. 22. D. ne quid in loco publico.* Von den röm. Heerstraßen handelt Hummel in der Beschreibung entdeckter Alterthümer in Deutschland. (Nürnberg 1792.) Cap. 3.

5) *L. 2. §. 21. D. eodem.*

6) *L. 1. et 2. D. de locis et itinerib. publ.*

was unternimmt, welches diesen Gebrauch hindert. Von den Haupt- oder Heerstrassen (*viae publicae*, *regiae*) unterscheiden unsere Gesetze *vias vicinales*, Neben- oder Dorfwege, und *vias privatas*, Privatwege, nachbarliche oder Gunstwege[7]). Denn erstere gehören gemeiniglich zum Eigenthum einer Gemeinheit, und dienen vorzüglich zum Gebrauch derselben, sie werden jedoch auch in gewisser Betrachtung *viae publicae* genennt, sofern sie nämlich gemeinen Gebrauch haben, und auf gemeinschaftliche Kosten unterhalten und gebessert werden[8]).

Soviel nun das Patrimonium des Staats, oder das Staatsvermögen anbetrift, so gehören dahin die fundi publici, und überhaupt alle Einkünfte des Staats, woraus die öffentlichen Ausgaben des Staats bestritten werden, sie bestehen nun entweder in Abgaben, Zöllen, und Steuern der Unterthanen, oder jährlichen Zinsen und Pachtgeldern aus verpachteten Grundstücken oder Gerechtigkeiten, oder in vacanten Erbschaften, oder in Confiskationen. Die Römer unterschieden anfänglich zwischen der Casse des Kaisers, *Fiscus*, und derjenigen, worüber er und der Senat disponirte, *Aerarium publicum* oder *populi*[9]); allein schon zu Ulpians Zeiten hatte dieser Unterschied aufgehört, nachdem die Kaiser alles unter ihren Despotis-

7) *L.* 2. §. 22. *et* 23. *D. ne quid in loco publico.* HOFACKER T. II. §. 751.

8) *L.* 2. §. 22. *cit.*

9) PLINIUS *Paneg.* c. 36. Hugo Lehrbuch und Chrestomathie des classischen Pandectenrechts I. Th. 5. Buch §. 42. *Alb.* SCHULTE Diff. de iure fisci in hereditates privatorum. *Lipsiae* 1740. §. 2.

spotismus gezogen hatten [10]). Die zum Staatsvermögen gehörigen Güter sind nach dem allgemeinen Staatsrecht von zweyerley Art, 1) Staatsgüter, welche auch Reichs- oder landschaftliche Güter genennt werden. Man versteht darunter diejenigen Güter, aus deren Einkünften die öffentlichen und allgemeinen Ausgaben des Staats bestritten werden. 2) Cammergüter, oder Domainen, oder Tafelgüter, welche zum Unterhalt des Regenten und seiner Familie, und zur Führung seines Hofstaats bestimmt sind. Das Eigenthum an beyden Gattungen öffentlicher Güter kommt ordentlicher Weise dem Staate zu; die bürgerliche Oberherrschaft darüber aber gebührt dem Regenten, welcher sie den Fundamentalbestimmungen derselben, den Grundgesetzen des Staats gemäß, ausüben muß [11]). Von beyden sind die Chatoullgüter des Regenten (*bona patrimonialia Principis*) [12]) wohl zu unterscheiden. Diese sind ein Eigenthum des Regenten, insofern derselbe als Privatperson betrachtet wird.

Ob

10) DIO CASSIUS Lib. 53. *Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae Lib. III. cap. 31. und WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. Sect. II. c. 3 §. 65 not. 63.

11) von Buri Erläuterung des Teutsch. Lehnrechts S. 477—485. Runde Anmerkungen zu Buri S. 77. Schnaubert Erläuterung des Lehnrechts §. 59. S. 95. HOFACKER Princip. iur. civ T. II. §. 749.

12) Bey den Römern hieß die kaiserliche Chatoul, *ratio Caesaris, res Principis privata, dominica. L. 6. §. 1. L. 9. C. de iure fisci, L. 1. C. de offic. com. rer. privatar. L. ult. C. de agr. et manc. domin. rer.* Conf GUTHERIUS de officiis domus Aug. lib III. cap. 25 sqq und *A. F.* RIVINI Diss. de bonis principis patrimonialibus. *Lipsiae* 1737.

Ob wir in Teutschland öffentliche oder Staatssachen im Sinne des ehemaligen römischen Rechts haben? und welche Sachen nach teutscher Verfassung zu den rebus publicis gehören? muß im teutschen Staatsrecht erörtert werden [13]).

§. 171.

Gemeindesachen (*res universitatis*) Gemeindevermögen (*patrimonium universitatis*).

Die Privatsachen der Unterthanen sind entweder Gemeinheitssachen (*res universitatis*), oder Sachen einzelner Privatpersonen (*res singulorum*). Daß eine Gemeinheit, so wie jede andere Person im Staate, Güter und Sachen erwerben könne, ist bekannt. Diese Sachen, welche sich in dem Eigenthume einer im Staate gebilligten Personen-Gemeinheit befinden, werden überhaupt Gemeinheitssachen [14]) genennt. Das Eigenthum derselben steht nicht den einzelnen Personen zu, die gegenwärtig die Gemeinde ausmachen, sondern der Gemeinde, als moralische Person betrachtet [15]). Solche Sachen sind nun in

13) Man sehe indessen BIENER de natura et indole dominii in territoriis Germaniae eiusque effectibus. *Halae* 1780. Schnauberts Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande 3. B. 5. Hptst. S. 110 ff. und Danz Handbuch des teutschen Privatrechts 1. Th. S. 370. ff.

14) *§. 6. I. h. t. Wolfg. Ad.* SCHOEPF Diss. de bonis universitatum, quae germanice vocantur Allmanden. *Tübingae* 1740.

15) *L. 6 §. 1. D. h. t.* Universitatis sunt, *non singulorum*, veluti quae in civitatibus sunt theatra, et stadia et similia, et si

Absicht des Gebrauchs, wozu sie bestimmt sind, eben so wie die Staatssachen, von zweyerley Art, nämlich entweder solche, welche allen einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft nach ihren individuellen Bedürfnissen zum Nutzen und Gebrauche dienen, oder es sind solche Güter, welche lediglich zur Erhaltung und zum Besten der ganzen Gemeinheit überhaupt, insofern diese als eine moralische Person betrachtet wird, verwendet werden. Jene werden Gemeinheitssachen in der engern Bedeutung (*res universitatis in specie*) genennt, diese aber machen das Patrimonium, oder den Schatz der Gemeinheit (*aerarium universitatis, arca communis*) aus[16]). Zu den Gemeinheitssachen in der engern Bedeutung gehören z. B. gemeine Triften, gemeine Holzungen, gemeine Brun-

si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. *Stadia* sind Plätze, wo öffentliche Leibesübungen zur Belustigung des Volks, z. B. Wettrennen, Fechterspiele u. dgl. angestellet wurden. BRISSONIUS de Verb. Significat. lib. XVII. v. *Stadium*. Der Sklave, der einer Stadt zugehörte, war nicht Sklave einzelner Bürger, mithin fielen diejenigen Gesetze weg, welche das Verhältniß des Sklavens gegen seinen Herrn bestimmten, wenn ein solcher Stadtgemeinheitssklave im Verhältniß gegen einzelne Bürger betrachtet wurde. Ein Grundsatz, der bey den Römern von den wichtigsten Folgen war, wie die angeführte Gesetzstelle in den nachfolgenden Worten durch auffallende Beyspiele lehrt. Hieraus läßt sich erklären, warum Gemeinheitssachen in unsern Gesetzen, obgleich nur im uneigentlichen Sinne, *res publicae* genennt werden. *L. 17. D. de Verb Signific.* Man s. HOFACKER T. II. §. 753.

16) S. Woltär Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit §. 177. S. 226. folgg.

Brunnen, gemeine Backöfen, Brauhäuser, gemeine Todtenäcker, Kirchen und Kirchhöfe u. s. w. Solche Sachen dürfen jedoch von den einzelnen Mitgliedern der Gemeinheit anders nicht benutzt werden, als soweit es durch Verträge, Gesetze oder Gewohnheiten bestimmt ist. Sollte es an dergleichen besondern Bestimmungen mangeln, so muß doch wenigstens der Gebrauch nie dem Endzweck, wozu diese Gemeindesachen bestimmt sind, zuwiderlaufen, auch nicht auf eine solche Art geschehen, wodurch die übrigen Mitglieder an dem gewöhnlichen Nutzen behindert werden [17]). Soviel das Patrimonium (den Schatz der Gemeinheit) anbetrift, so kann selbiges aus Kapitalien, Zinsen und andern Gefällen, die eine Gemeinheit jährlich zu erheben hat, desgleichen aus Aeckern, Wiesen, Weinbergen und andern liegenden Gründen bestehen. Dieses Vermögen wird von gewissen dazu bestellten und besonders verpflichteten Personen verwaltet, welche gegen die moralische Person in eben dem Verhältniß, wie Vormünder gegen ihre Mündel, stehen, weil eine moralische Person eben so wenig, als ein Unmündiger, im Stande ist, ihr Vermögen selbst zu verwalten [18]). Diese Vormünder oder Verwalter der Gemeindegüter bekommen nach dem Unterschiede der Gemeinheiten verschiedene Namen. Bey Kirchengemeinden werden sie Kirchenväter, Kirchenpfleger, Kir-

17) S. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VII. Obs. 70.

18) Woltär a. a. O. §. 180. Daher stehen auch den Gemeinheiten die Rechte der Pupillen und Minderjährigen zu, wie ich schon an einem andern Orte dieses Commentars (I. Th. §. 89 S. 497.) bemerkt habe. S. auch *G. L.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 629.

chenvorsteher, Gotteshaus- oder Heiligenpfleger, Kirchenbeschworne, Kastenvögte u. s. w. [19]); bey Stadtgemeinden aber Stadtkämmerer genennt. Zwischen diesen Verwesern und der moralischen Person selbst finden nan eben diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, wie zwischen dem Vormunde und seinem Mündel, Statt [20]). Dem Staate, oder dem Landesherrn stehet jedoch vermöge seiner oberaufsehenden Gewalt die Obervormundschaft zu [21]). Dieser muß daher das Vermögen der Gemeinheit schützen, muß darüber halten, daß es zweckmäßig verwaltet werde; auch über die Zwecke selbst stehet ihm die Cognition zu, und ohne seine Einwilligung darf nichts unbewegliches davon veräussert

19) *Henr.* LINCK Tr. de iure episcopali Cap. X. n. 18. et *Iust. Henn.* BOEHMER in Iure Parochiali Sect. VI. cap. 1. §. 17.

20) *Clem.* 2. *de religiof. domibus* (Lib. III. Tit. 11.) Illi etiam, quibus dictorum locorum administratio committetur, *ad instar tutorum et curatorum* iuramentum praestare, ac de locorum ipsorum bonis sua *inventaria* conficere, et singulis annis de administratione sua rationes reddere teneantur. So wie ferner der Vormund seinem Mündel den demselben während seiner Vormundschaftsführung zugefügten Schaden ersetzen muß; so ist auch ein Verwalter der Gemeindegüter einer moralischen Person dazu verpflichtet. Und alle diejenigen Verordnungen, welche dieserwegen zur Sicherheit der Unmündigen in den Gesetzen gemacht worden sind, finden auch zum Besten einer moralischen Person gegen ihre Kastenvorsteher statt. S. Woltär a. a. O. S. 234.

21) *I. H.* BOEHMER in Iure Paroch. Sect. VI. cap. I. §. 18. Schlözers Staatsanzeigen XIV. Band. 56. Heft N. V. §. 14. *G. L.* BOEHMER Diss. de iure principis circa loca et opera publica, (in EIUS *Exercitat. iur. civ.* T. I. p. 567. sq.) et STRYCK Diss. de iure principis circa rationes civitatum.

äussert werden [22]. Uebrigens wird von der **Verwaltung der Gemeindegüter** im 8ten Titel des 50sten Buchs der Pandecten besonders gehandelt.

§. 172. a

Eintheilung der Sachen II) nach ihrer **physischen Qualität**. a) in res *singulares* und *universales*.

Die Sachen können nun auch noch II) in Rücksicht ihrer **physischen Qualität** verschiedentlich eingetheilt werden [23]. In dieser Beziehung sind sie nämlich 1) entweder **einzelne, besondere Sachen** (*res singulares, discretae*), oder **allgemeine** (*res universales*, s. *universitas rerum*). **Einzelne Sachen** werden diejenigen genennt, welche an sich, nach ihrer Individualität, und ohne Verbindung mit andern Dingen betrachtet werden, es sey nun, daß sie entweder zusammenhängende gleichartige Theile haben, wie z. E. ein Tisch, ein Glas, oder daß deren Theile zwar von verschiedener Art, aber doch künstlich mit einander verbunden sind, wie z. B. ein Haus, eine Uhr. Eine einzelne Sache der ersten Art wird in den Gesetzen ein *corpus unitum*, eine der letztern Art aber *corpus connexum* ge-

22) *L. 3. Cod. de vendend. reb. civitatis.* Conf. *Sam* STRYCK Disp. de alienatione rerum atque bonorum civitatis. *Frfti* 1698. et LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Spec. DCLXXVI. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. P. I. §. 753. u. **Schnauberts** Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande. §. 244.

23) Hier empfehle ich vorzüglich HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. Lib. III. Sect. I. cap. 1. *de rerum divisione ex qualitate* (earum) *naturali*.

genennt[24]. Hingegen ein Inbegriff mehrerer Individuen von einer oder von verschiedener Gattung, welche unter einem gemeinschaftlichen Namen ein gewisses Ganzes ausmachen, wird *universitas rerum* genennt. Eine solche Universitas von Sachen besteht nun entweder aus dem ganzen Vermögen eines Menschen, und begreift daher Sachen von verschiedener Gattung, auch unkörperliche, unter sich, welchen die Gesetze, als ein Ganzes betrachtet, gewisse besondere Rechte beygelegt haben, oder sie besteht blos aus einem Inbegriff mehrerer einzelner körperlicher Sachen, welche zu einer gemeinschaftlichen Gattung gehören. Eine Universitas der erstern Art heißt *universitas iuris*[25], die der andern Art aber *universitas facti s. hominis*. Eine universitas iuris ist z. B. eine Erbschaft, ferner das peculium eines filiusfamilias. Universitates facti hingegen sind z. B. eine Heerde Vieh, eine Bibliothek, eine Apotheke, ein Kramladen u. s. w. Bey den universitatibus iuris findet die Regel Statt: *res succedit in locum pretii, et pretium in locum*

24) *L. 30. pr. D. de usurpat. et usucap.* Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur *uno spiritu*, et graece ἡνωμένον, id est, *unitum* vocatur; ut homo, tignum, lapis et similia: alterum, quod ex *contingentibus*, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον, id est, *connexum* vocatur; ut aedificium, navis, armarium: tertium quod ex *distantibus* constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti grex. Was es heißt: *uno spiritu contineri*, erklärt Höpfner im Commentar §. 278 Not. 1. S. 261.

25) Daher heißt: *per universitatem acquirere* §. ult. I. per quas pers. nob. acquir. soviel als *omnia simul bona acquirere* e. g. hereditate. CAIUS lib. II. Instit. Tit. II. §. 1.

locum rei[26]); das heißt, wenn mit dem Gelde, welches zu einer universitate iuris gehört, eine Sache gekauft wird, so wird dieselbe ein Theil vom Ganzen, und hat nicht nur die Rechte, welche die Gesetze dieser universitati beygelegt haben, sondern gehört auch dem zu, welcher an dem Ganzen Anspruch machen kann. Wenn ferner eine Sache veräussert wird, die zu einer solchen universitate iuris gehört, so tritt das daraus gelößte Geld an die Stelle der verkauften Sache, und gehört dem, welcher das Ganze in Anspruch nimmt. Bey der hereditatis petitione ist diese Regel vermöge des Juventianischen Senatusconsultums von besonderer Wichtigkeit[27]). Denn in diesem ist unter andern enthalten: *a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent, deminutaeve fuissent, restituere debere*[28]). Auch bey der Ablieferung eines Fideicommisses, wie Papinian[29]) lehrt: Cum autem rogatus: *Quidquid ex hereditate superérit, post mortem suam restituere*, de pretio

26) *L. 22. D. de petit. hereditat. L. 1. Cod. de castrensi peculio milit.* S. Roßmanns Abhandl. ob der Werth an die Stelle der Sache trete? in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. XXIV. S. 185—192.

27) *L. 20. §. 6. D. de hered. petit.* Jedoch sind die näheren Bestimmungen, welche *pr. et* §. 1. so wie §. 21. dieser L. 20. enthalten sind, nicht ausser Acht zu lassen.

28) Einen schönen Commentar hierüber giebt HEINECCIUS in Excurs. de Senatusconsulto Hadriani temporibus facto, quod extat L. 20. §. 6. D. de heredit. petit. §. VIII. in *Opusc. Postum.* s. *Historia Edictor.* pag. 456. sqq.

29) *L. 70. §. 3. D. de legat. 2.*

pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur. Wie diese Regel bey dem Peculium der Kinder zur Anwendung komme, ist schon an einem andern Orte dieses Commentars (§. 136. S. 249.) gesagt worden. Daß sie jedoch vermöge der extensiven Erklärung der römischen Rechtsgelehrten bey allen universitatibus iuris gelten solle, sagt Ulpian[30]) deutlich: *non solum autem in hereditate utimur Senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate (sc. iuris)*, also auch, wenn von dem ganzen Vermögen eines Menschen, welches kein Peculium ist (patrimonium hominis sui iuris), desgleichen von dem ganzen Vermögen einer universellen Societät[31]) die Rede ist. Ganz anders verhält sich die Sache bey den universitatibus hominis[32]). Z. B. wenn Waaren aus einem verpfändeten Laden verkauft werden, so tritt das daraus gelößte Geld nicht an deren Stelle. Der Gläubiger kann mithin sein hypothecarisches Recht auf solches nicht ausdehnen. Denn in diesem Falle erstreckt sich das Pfandrecht blos auf diejenigen Waaren, welche zur Zeit der Pfandklage noch auf dem Lager befindlich sind[33]). Universitates facti sind daher in dieser rechtlichen Hinsicht nur als einzelne Sachen anzusehen[34]). Noch ein anderer Unterschied

30) *L. 20. §. 10. D. de hereditat. petit.*

31) Eichmann a. a. O. S. 148. 149. HOFACKER Princip. I. C. Tom. II. §. 739.

32) SCHAUMBURG in Compendio iuris Digestor. Lib. V. Tit. III. §. 1.

33) *L. 34. pr. D. de pignorib.* Westphals Versuch einer systematischen Erläuterung der röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 135.

34) Hufelands Institutionen des gesammten positiven Rechts §. 327. Not.

schied zwischen einer universitas iuris und facti bestehet darinn, daß bey letzterer die zu ihr gehörigen Stücke sowohl einzeln, als auch zusammen unter dem collectiven Namen der Universitas mit einer actione in rem singulari vindicirt werden können; allein bey einer universitas iuris hat keine Vindication des Ganzen, sondern nur einzelner Stücke derselben Statt. Das Ganze muß mit einer actione in rem universali abgefordert werden. Hierher gehört die Stelle Julians *lib.* 55. *Digestor.* [35]): Vindicatio non, ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.

§. 172. b.

b) Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche.

Die einzelnen Sachen werden wieder in körperliche und unkörperliche eingetheilt [36]). Körperliche Sachen werden in unsern Gesetzen diejenigen genennt, welche sich

35) *L.* 56. *D de Rei Vindicat.* Vortreflich hat diese Stelle *B.* BRANCHU in Observation. ad Ius Rom. Decad. I. Cap. VI. pag. 56. sqq. erklärt.

36) Vid. *Tit. I. de rebus corporalibus et incorporalibus,* et *L.* I. *§.* I. *D. de divis. rer.* Der Titel der Institutionen ist ganz aus Cajus abgeschrieben, wie man aus SCHULTING Iurisprud. vet. Antejustin pag. 73. folgg. ersehen kann. Nur darin findet sich eine Differenz, daß in den Fragmenten des Cajus stehet, quae *manu* tangi possunt. Nun will man zwar das Wort *manu* für einen Anianischen Zusatz halten, allein da dieser Begriff mit der Erklärung des Theophilus in seiner Paraphrase der Institutionen so genau übereinstimmt, so bin ich geneigter zu glauben, daß Tribonian das Wort *manu* weg-

sich fühlen und berühren lassen (quae tangi possunt), oder wie sie Theophilus[37]) in seiner Paraphrase der Institutionen erklärt, Sachen, die man mit den Händen berühren, und mit den Augen sehen kann. Unkörperliche Sachen hingegen werden diejenigen genennt, welche von der Art nicht sind, daß sie berührt werden können (quae tangi non possunt), oder wie Theophilus[38]) sagt, die blos mit dem Verstande erkannt werden können, und kein Gegenstand des Berührens und des Sehens sind. Ob diese Begriffe von den Stoikern entlehnt sind, untersucht Meister[39]) in der unten angeführten Schrift. Man sagt gemeiniglich, daß die Stoiker alle sinnliche Empfindung auf das Gefühl (tactum) zurückgeführet hätten; allein daß dieselben nur einen Sinn angenommen haben sollten, darf man deswegen noch nicht glauben. Plutarch[40]) lehrt uns das

weggelassen, als daß Anian, oder Goaricus, oder wer sonst der Verfasser des Alaricianischen Handbuchs seyn mag, solches eingeschaltet haben sollte. Man sehe Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 158.

37) *Paraphr. graec. lib. II. Tit.* 2. §. 1. Est autem CORPORALE (σωματικὸν), quod et nomine cognoscitur, et tactui ac visui subiacet, (*καὶ ἁφῇ καὶ θέᾳ ὑποπίπτει*).

38) INCORPORALE (ἀσώματον) vero est, quod sola mente cognoscitur, nec tactui et visui subest (*οὔτε δὲ ἁφῇ ἢ θέᾳ ὑποπίπτει*).

39) *Chr. Frid. Ge.* MEISTERI Progr. de philosophia ICtorum Romanor. stoica in doctrina de corporibus eorumque partibus. (in EIUS *select. opusc. syllog. I. N. X. pag.* 507 — 563.)

40) de Placitis philosophor. Lib. IV. cap. 10. pag. 106. (edit. CORSINI *Florentiae* 1750.)

das Gegentheil. Sie nannten daher körperlich alles dasjenige, was durch die äussern Sinne empfunden werden kann; alles andere aber, was nicht in die äussern Sinne fällt, unkörperlich [41]). Nicht zu läugnen ist jedoch, daß die alten Philosophen in der engsten Bedeutung diejenigen Sachen körperliche genennt haben, die man sehen und fühlen kann, und daher in diesem Verstande nur solide, materielle Körper mit der eigentlichen Benennung der Körper bezeichnet haben [42]). Die römischen Juristen, aus deren Schriften unsere Pandecten sind compiliret worden, scheinen nun vorzüglich diesen letztern Begriff von den Stoikern entlehnet zu haben [43]), vermuthlich weil sie einsahen, daß solche körperliche Sachen, die keine solide Substanzen sind, mithin weder mit den Händen berührt, noch mit den Augen gesehen werden können, sondern mit andern Sinnen, nämlich dem Gehör oder dem Geruche, empfunden

41) SENECA *lib. VIII. Epist.* 59. sagt: Quod est, aut corporale est, aut incorporale; und bald nachher beschreibt er letzteres mit Plato folgendermaßen, illud, quod nec visu, nec tactu, nec ullo sensuum comprehenditur. Ebenderselbe sagt an einem andern Orte, *Lib. XVIII. Epist.* 1‘7. Nunquid est dubium, an id, quo quid tangi potest, *corpus* sit? *Tangere enim et tangi, nisi corpus, nulla potest res,* ut ait LUCRETIUS.

42) LACTANTIUS Institut. divinar. lib. VII. c. 12. n. 2. et 3. LAERTIUS in Zenone lib. VII. Segm. 135. PLUTARCHUS de placitis Philosophor. Lib. I. cap. 12. MEISTER cit. Progr. §. 4. (in *Opusc.* pag. 515.)

43) Ausser den bereits angeführten Stellen bestärkt mich in dieser Meinung ganz besonders Pomponius *L.* 30 *pr. D. de usurpat et usucap* Mehrere noch hat MEISTER cit. Progr. §. 11. in *Opusc.* pag. 549. gesammlet.

den werden, auf Rechte und Verbindlichkeiten keinen sonderlichen Einfluß haben, und folglich in der Rechtsgelehrsamkeit wenig, oder gar keinen Nutzen gewähren können[44].

Doch genug von den Begriffen der Alten. Unsere heutigen Juristen[45]) lehren, daß körperliche Sachen, *res corporales*, diejenigen zu nennen sind, welche in die äussern Sinne fallen, und von denen man sich sinnliche Vorstellungen machen kann; unkörperliche aber diejenigen, welche von der Art sind, daß man sich von ihnen keine sinnliche Vorstellung machen, sondern die man sich nur denken kann. Andere[46]) sagen noch bestimmter, körperliche Dinge sind die zusammengesetzten Substanzen. Was hingegen keine Substanz, oder nicht aus Theilen zusammengesetzt ist, heißt eine unkörperliche Sache. Sachen der erstern Art, sofern sie als ein bestimmtes Individuum den Gegenstand eines Rechts ausmachen, werden in unsern Gesetzen *Species* genennt[47]). Unkörperliche Sa-

44) MEISTER a. a. O. pag. 548. sagt: *Ego certe, parum abest, quin credam, veteres ICtos, Stoicorum quidem rerum corporalium definitionem retinuisse, sed in ea tactum, plerumque, nisi semper, solis manibus oculisque subiecisse, animadvertentes nempe, in reliquis rebus corporalibus, quae nimirum solis auribus, naribusve subiacent, emolumentum aliquod solidum ad rationem vitae pertinens, aut finem in arte sua fere nullum.*

45) Woltärs Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit §. 214. S. 313. ff. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. II. §. 720. et 723. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen rc. §. 4. Hufelands Institutionen §. 80.

46) Höpfner im Commentar §. 340.

47) *L. 2. D. de reb. credit. L. 6. D. de rei vindicat. L. 30. pr. D. de legat. 1.*

Sachen sind von verschiedener Art. Einige sind ihrer Natur nach solche. Cajus[48]) rechnet dahin *ea, quae in iure consistunt*, das heißt, wo es auf ein Recht oder auf eine Verbindlichkeit überhaupt ankommt. Daß diese Worte so verstanden werden müssen, ergiebt sich aus den von Cajus angeführten Beyspielen: sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae. *Hereditas* heißt hier so viel als Erbrecht, denn in den nachfolgenden Worten erklärt es der Jurist selbst durch *ius successionis*[49]). Auf den Gegenstand des Rechts und der Verbindlichkeit kommt es hier nicht an. Der Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit kann allerdings eine körperliche Sache seyn, deswegen ist aber doch das Recht selbst und die Verbindlichkeit an sich betrachtet nichts körperliches. Cajus bemerkt dies gleichfalls in den nachfolgenden Worten. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur. Nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est: veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipsum ius successionis, et ipsum ius utendi fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est. Zu den unkörperlichen Sachen der erstern Gattung sind auch Klagen zu rechnen, sofern wir sie für Rechtsmittel, sein Recht zu verfolgen, nehmen. Es giebt ferner Sachen, die zwar ihrer Natur nach körperliche sind, aber doch für unkör-

48) *L. 1. §. 1. D. de divis. rer.*

49) Auch in mehreren andern Gesetzen wird das Wort HEREDITAS so erklärt, quod sit iuris nomen, et universitatem quandam ac *ius successionis*, et non singulas res demonstret. *L. 119. L. 178. §. 1. et L. 208. D. de Verbor. Signif.*

unkörperliche Sachen darum gehalten werden, weil bey denselben entweder das zu leistende Individuum erst durch die Wahl bestimmt werden muß, oder weil nicht sowohl das körperliche Individuum selbst, als vielmehr der Werth der Sache in Betrachtung kommt[50]. Hierher gehören schuldige genera; wenn ich nämlich nicht eine gewisse bestimmte Sache, sondern eine Sache überhaupt zu fordern habe, die mehrere Individuen unter sich begreift, z. E. es hat mir Jemand ein Pferd vermacht, oder versprochen, so hat meine Forderung eine unkörperliche Sache zum Gegenstande, weil hier das zu leistende Individuum noch ungewiß ist, und erst durch die Wahl bestimmt werden muß. Eben so sind auch Quantitäten fungibler Sachen[51]), die nach Zahl, Maaß und Gewicht bestimmt werden, darum für unkörperlich zu halten, weil es bey denselben ganz einerley ist, ob man dieses Individuum, oder ein anderes von gleicher Qualität und Quantität hat[52]). Wer also z. B. 100 Thaler, zehen Malter Wai-

50) HOFACKER a. a. O. §. 742.

51) CUIACIUS Observat. Lib. XI. cap. 37. sagt: *Quantitatis nomine intelliguntur ea, quae pondere numero et mensura constant, quibus opponi solent corpora, res, species, iura. — Sunt quidem illa corpore praedita, sed nos iis ita fungimur, ut non tam corpus eorum spectemus, quam quantitatem. Caeterae res corpore valent. — Quae pondere numero et mensura constant, quantitate valent potius, quam corpore.*

52) Hiervon ist die *L. 2. §. 2. D. de rebus credit.* zu verstehen, in welcher von solchen Sachen, die man einem im Handel und Wandel zuzählt, zumißt oder zuwiegt, und welche das gewöhnliche Object des Darlehns ausmachen, gesagt wird, *quod in genere suo* (magis) *functionem recipiant per solutionem,*

Waitzen, einen Ohmen Wein u. s. w. zu fordern hat, der fordert eine unkörperliche Sache. Denn hier kommt es nicht auf gewisse bestimmte Körper oder Individuen, sondern auf eine Quantität gleichgeltender Substanzen an, die

Kk 2 am

nem, quam in specie. Ueber den eigentlichen Sinn dieser Worte ist viel geschrieben. Man sehe nach J. GOTHOFREDI Diss. de functione et aequalitate in mutuo, (in *Operib. a* TROTZIO *edit.* pag. 515.) *Corn. van* BYNCKERSHOECK Observat. Iur. Rom. lib. I. cap. 10. *Marc.* LYKLAMA *a* NYEHOLDT Membranar. lib. VII. Eclog. 14. *Sa. Herm. ab* IDSINGA Disput. de mutuo et veteri litterarum obligatione praes. *Alr.* WIELINGIO *Franeq.* 1736. habito, cap. III. §. 9—12. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 130.) und besonders *Aug. Frid.* SCHOTT Prolus. qua res, quae functionem recipiunt, definiuntur; in *Opusc. iuridic.* (*Lipsiae* 1770. 8) pag. 212—230. Letzterer hat diese dunkele Stelle ohne Emendation, und unstreitig am richtigsten erklärt. Er sagt S. 218. *Cum igitur* PAULUS *affirmet, eas solas res in mutuum venire posse, quae* m a g i s i n g e n e r e s u o f u n c t i o n e m r e c i p i u n t p e r s o l u t i o n e m, q u a m i n s p e c i e, *quid, quaeso, aliud voluit indicare, nisi hoc, has res, dum redduntur, solvi posse non* i n s p e c i e, *hoc est, non easdem species, quas debitor acceperat a creditore, sed* i n g e n e r e s u o, *nempe alias species eiusdem generis, ac antea datae fuerant, quia eae ita sint comparatae, ut omnes eiusdem generis species sibi possint substitui, ac secum permutari, et una alterius vice* f u n g i, *cum tantam hae res habeant similitudinem, ut nihil intersit, has an illas accipiat creditor, eique adeo invito aliud pro alio solvi possit. Ergo ex verborum coniunctione tuto colligitur,* f u n c t i o n e m *hic dici de permutatione et mutua substitutione earum rerum, quae etiam tamquam species sibi simillimae sunt, in solutione vel invito creditore permissa. Ita vero certum est, unde quaedam res* f u n c t i o n e m r e c i p e r e, *vel, ut nostri amant loqui,* f u n g i b i l e s *dicantur.*

am innern Gehalt und Werth gerade so viel ausmachen, als die Forderung beträgt[53].

Uebrigens ergiebt sich hieraus, daß eine Sache in verschiedener Rücksicht als körperlich und unkörperlich betrachtet werden kann. Wird sie nämlich *individualiter* betrachtet, so ist sie körperlich. Wenn aber bey derselben nicht auf das Individuum, sondern blos auf die Gattung oder Quantität gesehen wird, so ist sie unkörperlich. So wird z. B. das Geld in unsern Gesetzen bald als Quantität, bald als corpus betrachtet[54]. Als körperliche Sache wird das Geld betrachtet, a) wenn man es versiegelt Jemandem in Verwahrung giebt[55]. b) Wenn es als vorhandene Baarschaft, aus einem bestimmten Kasten, oder einem andern beschriebenen Orte vermacht wird[56]. c) Wenn solches Jemandem blos zur Pracht oder Prahlerey geliehen wird[57]. In den meisten Fällen wird jedoch das Geld als Quantität betrachtet, z. B.

53) In unsern Gesetzen werden daher die fungibele Sachen, quae pondere, numero, mensura continentur, ausdrücklich den corporibus s. speciebus entgegengesetzt. *L.* 30. *princ. D. de legat.* 1. *L.* 1. *§.* 7. *D. ad Leg. Falcid.*

54) *L.* 94. *§.* 1. *D. de solutionib. L.* 34. *§.* 3 *et* 4. *L.* 51. *D. de legat.* 1. *L.* 108. *§.* 10. *D. eodem. L. ult. D. de adim. legat. L.* 46. *D. de condict. indebiti* und mehrere. Man sehe vorzüglich *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iuris Tom. I. Lib. III. cap. 10. n. 2. sqq. pag. 399. und *B.* BRANCHU Observat. iur. Rom. Decad. alt. cap. XIII. pag. 54.

55) *L.* 24. *D. depositi.*

56) *L.* 34. *§.* 4. *D. de legatis* 1. *L.* 120. *D. de verbor. obligat.*

57) *L.* 3. *in fin. et L.* 4. *D. commod.*

z. B. im Darlehn, bey Vermächtnissen, wodurch gewisse Summen überhaupt legiret worden sind, ferner beym Kauf, Pacht u. s. w. wo dasselbe nur in Ansehung seines Werths in Betrachtung kommt. Der Unterschied ist übrigens von großer Wichtigkeit. Denn wenn das Geld, als Quantität betrachtet, den Gegenstand einer Verbindlichkeit ausmacht, so ist solches eine res fungibilis, geht es daher durch Zufall verlohren, so muß der Schuldner diesen Verlust tragen [58]). Ist hingegen das Geld, als eine körperliche Sache betrachtet, der Gegenstand einer Verbindlichkeit, so trift der Unglücksfall den Gläubiger [59]). Ferner, wenn in einem letzten Willen Geld, als eine Quantität, vermacht worden ist, z. B. der Testirer hat Jemandem schlechthin 100 Rthlr. vermacht, so muß der Erbe die legirte Summe schlechterdings auszahlen, wenn schon kein baares Geld im Nachlaß des Testirers vorhanden ist, sondern vorher erst Erbschaftssachen zu Gelde müssen gemacht werden [60]). Wenn hingegen Geld, als ein corpus, vermacht worden ist, z. B. der Testirer hat mir diejenigen 100 Rthlr. vermacht, welche in seiner Chatoulle in einem versiegelten Beutel liegen, und es findet sich dieses Geld in der Chatoulle nicht, so ist das Vermächtniß ohne Wirkung, und darf solches der Erbe, vorausgesetzt, daß das Geld ohne desselben Fahrläßigkeit entkommen ist, nicht anderswoher ersetzen [61]).

58) §. 2. *Institut. quib. mod. re contrahitur obligat. L. 1. §. 4. D. de obligat. et actionib.*

59) *L. 37. D. de verbor. obligat.*

60) *L. 34. §. 3. D. de legat. I.*

61) *L. 30. §. 4. D. ad Leg. Falcid. L. 1. §. 7. D. de dote praeleg. L. 37. D. de Verbor. obligat.* In der Bedeutung als

§. 173.

c) Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche.

Die körperlichen Sachen werden wieder in bewegliche (*res mobiles*) und unbewegliche (*res immobiles*) eingetheilt[62]).

I) Sind körperliche Sachen von der Art, daß sie ohne Vernichtung und Schaden ihren Ort verändern können, so werden sie bewegliche Sachen, Fahrniß, fahrende Habe genennt. Der Grund, weswegen solche Sachen, ihrer Substanz unbeschadet, ihre Stelle verändern können, liegt entweder in der Natur derselben, oder ausser ihnen Im ersten Falle werden sie Moventien (*res se moventes*) genennt, d. i. Sachen, die sich selbst vermöge ihrer innern Kraft von der Stelle bewegen können, als Sklaven, und Thiere. Jedoch werden auch unterweilen in unsern

als corpus wird das Geld in unsern Gesetzen mit einem fundo legato verglichen, und ganz nach der Analogie anderer körperlicher Sachen beurtheilt, *L. 34. §. 4. D. et L. 51. D. de legat.* 1. Recht trefliche Bemerkungen hierüber, und Anwendung dieser Grundsätze auf einen wichtigen Rechtsfall findet man in Hrn. Hofr. *Io. Aug.* REICHARDT gründlichen und eleganten Differt. de fideicommiffo eius, quod superfuturum erit, eiusque differentia a debitis, quibus accepta reddenda sunt in eodem genere. (*Ienae* 1785) §. 15. sqq.

62) Die beyden besten Schriften in dieser Materie sind *Paul* VOET de mobilium et immobilium natura. *Leodii* 1699. 4. und *Lud. Godofr.* MOGEN Commentat. iurid. de vera ac genuina rerum mobilium et immobilium indole sec. diversa iuris Rom. et Germ. principia. *Giessae* 1760. 4.

unsern Gesetzen unter dem Ausdruck *moventia*, oder *res moventes*, alle bewegliche Sachen überhaupt verstanden[63]). Im letztern Falle werden sie bewegliche Sachen im eigentlichen Verstande genennt, d. i. solche Sachen, die sich von einem Orte zum andern ohne Schaden bringen lassen.

Noch ist zu bemerken, daß man den angegebenen römischen Begriff von beweglichen Sachen nicht schlechterdings auf das im Teutschen gebräuchliche Wort Mobilien anwenden

63) *L.* 15. *§.* 2. *D. de re iudic. L.* 1. *et* 2. *D. de supellect. legat.* Ferner sagt Celsus *L.* 93. *D. de Verb. Signific.* Moventium, item mobilium appellatione idem significamus: si tamen apparet, defunctum animalia duntaxat, quia se ipsa moverent, *moventia* vocasse; quod verum est. Nach vocasse muß man in Gedanken die Worte suppliren: *secus est.* Der Sinn dieser Stelle ist nun dieser. Wenn ein Testirer jemandem alle seine Moventien vermacht hat, so sind unter dieser Benennung überhaupt alle bewegliche Sachen des Testirers begriffen, sie mögen Thiere oder leblose Mobilien seyn. Denn auch letztere werden Moventien genennt. (*L.* 2. *D. de suppellect. legat.*) Ein anderes wäre, wenn der Testirer selbst zwischen Moventien und Mobilien einen Unterschied zu machen, und nur sein Vieh unter den erstern zu verstehen gewohnt gewesen wäre. S. *Io.* GOEDAEI Commentar. repet. praelect. in Tit. 16. Lib. L. Pandectar. de verbor. et rer. significat. (*Sigenae Nassovior.* 1597) ad *h. L.* 93. pag. 743. Es ist daher nicht nöthig, statt si tamen apparet, mit IAUCHIUS in Meditat. crit. de negationibus Pandectar Florent. pag 285. *nisi tamen appareat* zu lesen. Es ist hier vielmehr eine Art von Ellipse vorhanden, welche man ἀνανταπόδοτον nennt, wie auch *Io. Gottfr.* SAMMET in Recept. Lectionib. ad *Iauchium* Disput. IV. cap. 42. bemerkt hat.

wenden könne, sondern man pflegt darunter gewöhnlich nur diejenigen Sachen zu verstehen, welche theils zum bequemen Gebrauche und Auszierung einer Wohnung, theils überhaupt zum Bedürfniß der Hauswirthschaft bestimmt sind, also Meubeln und Hausrath[64]). Zuweilen werden aber auch unter den Mobilien, besonders bey Vermächtnissen, zugleich die Kostbarkeiten, als Juwelen, Perlen, Ringe, ferner das baare Geld, Kleidungsstücke, Bücher und alles übrige Mobiliarvermögen, jedoch mit Ausnahme der ausstehenden Capitalien, und in der Regel auch der zum Ausleihen bestimmten Gelder[65]) und Gutspertinenzien, begriffen, insofern nicht über eins oder das andere, z. B. über die Bibliothek, Münzkabinet, Gold und Silber, besonders disponirt worden ist. Wegen dieser schwankenden Bedeutung entsteht daher bey Vermächtnissen oft viel Streit darüber, was unter dem Ausdruck Mobilien, dessen sich der Erblasser bedient hat, zu verstehen sey. Es läßt sich davon keine allgemeine Regel geben, sondern dies muß lediglich aus dem Zusammenhange der Worte, dem Redegebrauche des Testirers, der Gewohnheit eines jeden Orts, und andern vorwaltenden Umständen beurtheilt werden[66]).

II) Sind hingegen körperliche Sachen so beschaffen, daß sie nicht von einem Orte zum andern gebracht werden können oder dürfen, so werden sie überhaupt unbewegliche

64) STRYCK Us. mod Pandect. h. t. §. 16. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 41.

65) *L. 79. §. 1. D. de Legat. III.*

66) BAUER Respons. iur. Resp. 10. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen Facultät 1. Band Nr. 30. S. 235. ff.

liche Sachen genennt. Der Grund, warum gewisse Sachen ihren Ort nicht nach der Willkühr ihrer Eigenthümer verändern können, kann auch hier zweyfach seyn. Er ist entweder in der Natur dieser Sachen selbst, oder ausser ihnen in einer besondern Vorschrift der bürgerlichen Gesetze anzutreffen. Sachen der ersten Art werden von Natur unbewegliche (res *naturaliter* immobiles), Sachen der letztern Art aber gesetzlich unbewegliche (res *civiliter* immobiles), oder unbewegliche Sachen im rechtlichen Verstande (res *iuris intellectu* immobiles), genennt.

A) Sachen, die von Natur unbeweglich sind, sind wieder von doppelter Art. 1) Solche, die ihren Ort ganz und gar nicht verändern können, z. B. Aecker, Wiesen, Gärten, Weinberge, Wälder. 2) Solche, die man nicht ohne Vernichtung ihrer Substanz von ihrer Stelle bringen kann, z. B. feste Gebäude[67]. Beyde Arten unbeweglicher Sachen werden liegende Güter, Grundstücke, fundi, praedia[68]), genennt, und diese in praedia urbana und rustica eingetheilt. Da jedoch, wie schon von

67) In einigen Ländern herrscht zwar die Parömie: was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß, in deren Gemäßheit auch Häuser, da sie vom Feuer verzehrt werden können, für Fahrniß oder bewegliche Güter gehalten werden. Jedoch ist dieses blos particulären Rechts. S. MOGEN im andern Theile der oben angeführten Commentat. welcher den Titel hat: Rerum mobilium et immobilium indoles sec. principia iuris German. sistitur, atque aedificia et arbores radicatae mobilibus vindicantur ad illustrandam paroemiam, was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß.

68) *L.* 115. *D. de Verb. Sign.*

andern Rechtsgelehrten[69]) bemerkt worden ist, fast in einer jeden Rechtsmaterie, in welcher es auf diese Eintheilung ankommt, z. B. in der Lehre von Servituten (§. 622.), vom stillschweigenden Pfandrechte eines Verpächters und Vermiethers (§. 1087 I. u. II.), ferner von Veräusserung der Grundstücke eines Minorennen (§. 1381.), ein eigener Begriff der gedachten Eintheilung der Güter zum Grunde liegt, so werde ich zu seiner Zeit, wo es die Materie mit sich bringen wird, den wahren Begriff davon zu bestimmen suchen. Soviel will ich hier nur vorläufig erinnern, daß diejenige Bestimmung, die der verdienstvolle Hofacker[70]) als eine allgemeine annimmt, nach welcher alle Gebäude ohne Unterschied *urbana praedia*, leere Plätze hingegen *praedia rustica* heißen sollen, ausser der Lehre von Servituten, in welcher diese Begriffe gesetzlich bestimmt sind[71]), auf andere Rechtsmaterien noch nicht sofort übertragen werden kann, wie Hr. Prof. **Weber** sehr einleuchtend dargethan hat[72]).

B) So-

69) *Arn.* VINNIUS select. iuris Quaestion. lib. I. cap. 30. *Io. Christph.* KOCH Dissertat. de praedio urbano et rustico. *Ienae* 1757. und vorzüglich Adolph Dieterich Weber Versuch über den wahren Sinn der L. 5. Cod. de locat. conduct. (in Desselben Beyträgen zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte (Schwerin, Wismar und Bützow 1783. 8.) N. I. S. 15. u. ff.

70) Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. § 722.

71) §. 1. *I. de Servitut. L. 1. D. commun. L. 198. D. de Verbor. Significat.* NOODT in Commentar ad Pandect. Lib. VIII tit 3. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Institution. Lib. II. Tit. 3. §. 6.

72) a. a. O. S. 18. und 20. folg.

B) Soviel hiernächst die res civiliter immobiles anbetrift, welche im rechtlichen Verstande für unbeweglich gehalten werden, so unterscheiden sich diese von jener erstern Gattung darin, daß sie solche Sachen sind, welche ihrer Natur nach zwar beweglich sind, aber nach Vorschrift der Gesetze eben so angesehen werden, als wenn sie unbeweglich wären. Unbewegliche Sachen dieser Art können wir mit Voet[73]) wieder in einer zweyfachen Rücksicht betrachten. Sie werden entweder in Ansehung einer jeden rechtlichen Wirkung den unbeweglichen Sachen gleich gehalten, oder sie werden nur in gewisser Rücksicht für unbeweglich gehalten. Zur Classe der leztern gehören die mobilia pretiosa der Pupillen und Minorennen, welche in Rücksicht des gesezlichen Veräusserungsverbots den unbeweglichen Gütern solcher Personen gleich geachtet werden[74]). Eben so behaupten auch unsere Practiker[75]) einstimmig, daß eine ansehnliche Bibliothek, ein complettes Waarenlager, eine Buchhandlung und Apotheke, wenn auch gleich die darin sich befindenden Sachen und Waaren an sich beweglich sind[76]), dennoch darum, weil sie nicht leicht und auf einmal von ihrem Orte weggebracht und veräussert werden können, den unbeweglichen Gütern, wenigstens in Rücksicht der zu leistenden Sicherheit, gleich zu achten, dergestalt, daß jene eben so, als diese,

73) *cit. Tract.* Cap. 6.

74) *L. 22. pr. Cod. de administrat. tut.*

75) SCHILTER Exercit. ad Pandect. IV. § 24. WERNHER select. observat. for. Tom II. P. IX. Obs. 113. BERGER Elect. Disceptat. For. Tit XXXIX. pag. 1008.

76) *L. 66. D. de Verbor. Significat.*

diese, von der Caution pro reconventione et expensis befreyen. Hingegen werden bewegliche Sachen nach Vorschrift der Gesetze, den unbeweglichen vollkommen, d. i. in Ansehung aller rechtlichen Wirkungen, in folgenden Fällen gleichgeachtet,

1) wenn sie mit einer unbeweglichen Sache fest verbunden sind, und entweder durch Wirkung der Natur, oder durch Kunst mit derselben dergestalt cohäriren, daß sie einen Theil der leztern ausmachen. So z. B. werden Bäume, Pflanzen, sofern sie Wurzel geschlagen, Saaten, Früchte, die noch nicht abgebracht sind, wegen ihres Zusammenhangs mit dem Grundstück, worauf sie stehen, für einen Theil desselben gehalten 77). Eine solche Cohäsion ist ferner vorhanden, wenn eine bewegliche Sache einer unbeweglichen so fest einverleibt worden ist, daß sie sich ohne Schaden des Ganzen nicht wohl davon trennen läßt. Ein Beyspiel enthält die *L. 17. §. 3. D. de act. emti et vendit.* Quae tabulae pictae pro tectorio includuntur, itemque crustae marmoreae, aedium sunt. Denn die statt der bloßen weissen Wand (pro tectorio) in derselben eingemauerten Gemählde, desgleichen die darin gefaßten Marmorplatten, lassen sich nicht wegnehmen, ohne die Wand zu beschädigen. Darum sind sie ein Zubehör des Hauses. Eben diese Wirkung hat jedoch die Cohäsion auch in dem Falle, wenn sich die festgemachten Sachen zwar ohne Schaden absondern lassen, allein die Befestigung derselben zum beständigen Gebrauche eines Grundstücks nach der eigentlichen oder Hauptbestimmung desselben geschehen ist. Daher gehören die Riegel

77) *L. 44. D. de Rei Vindicat. L. 13. §. 10. D. de act. emti vend.*

gel und Schlösser an den Thieren, die eingemauerten Kessel auf dem Herd in der Küche, sofern sie blos zum ökonomischen Gebrauche des Hauses eingemauert sind [78]), ferner die in einem Weinlager oder Weinkeller befestigten grössern Weinfässer [79]), (dolia in horreis defossa), die in einem Weinberge befestigte Keltter [80]), u. s. w. zu dem Grundstück, in welchem diese Dinge befestiget sind. Die Gesetze nennen diese Art von Pertinenzien fixa vincta [81]): und unsere Herren Practiker formiren sich daraus die Regel: alles, was Erd- Wand- Band- Mauer- Nied- und Nagelfest in einem Grundstück ist, muß für ein Zubehör desselben gehalten werden. Daß es jedoch dieser Regel an richtiger Bestimmung fehlt, und

78) *L.* 38. §. 2. *D. de act. emti:* aënum lateribus circumstructum heißt hier der eingemauerte Kessel zum warmen Wasser. Conf. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. III. Specim. CCIX. med. 10.

79) *L. 76. pr. D. de contrah. emt. vendit.* Von den *doliis* unterschieden die Römer *cuppas* oder *cuppulas*, darunter wurden die kleinern Weinfässer z. B. Eymer verstanden. Vid. BRISSONIUS de Verbor. significat. v. *dolium.*

80) Diesem ist *L. 17. pr. D. de act. emti vend.* nicht entgegen, wie Leyser a. a. O. gezeigt hat, ich werde nachher selbst näher davon reden.

81) *L. 38. §. 2. D. de act. emti.* Die Worte der aufgeworfenen Frage hätten eigentlich so gefaßt werden sollen: an hae, (sc. fistulae sub terram missae de plumbeo castello aquam ducentes in aënum, d. i. die unter der Erde weglaufende Röhren, welche das Wasser aus dem bleyernen Trog in den eingemauerten Wärmkessel führen) ut vincta fixaque, aedium essent, an, ut ruta caesaque, non essent aedium? so lieset auch Cujaz.

und der Richter hierdurch nicht in den Stand gesetzt wird, nach festen Grundsätzen zu entscheiden, was Pertinenzstücke eines Gebäudes sind, läßt sich leicht beweisen. Ich darf mich nur auf die Worte der *L. 17. princ. D. de act. emti vend.* berufen, wo es heißt: multa defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi; utputa vasa vinaria, torcularia: quoniam haec instrumenti magis sunt, *etiamsi aedificio cohaerent.* Defossa heißt hier, was in der Erde durch Eingraben oder Einpfählen befestiget ist. Fundus begriff einen liegenden Grund mit oder ohne Gebäude. Villa war ein Gebäude auf einem fundo. Torcularia sind Weinpressen oder Keltern. Sind diese gleich festgemacht, aber nicht zum Gebrauche des fundus, dieser ist z. B. kein Weinberg, sondern nur zu dem besondern Zweck des Besitzers (*magis instrumenti sunt*), z. B. als Werkzeug seines Gewerbes, so sind sie kein Pertinenz des Gebäudes. Daß diese Stelle von einer besondern Nahrung verstanden werden müsse, lehrt die Vergleichung derselben mit *L. 21. D. de instructo vel instrum. legat.* [82]). Ein deutlicher Beweiß, daß die künstliche Cohäsion allein die festgemachte Sache noch nicht gleich zu einem Theil des Ganzen mache, an welchem sie befestiget ist, wenn nicht die Befestigung entweder zum ökonomischen Gebrauche des Grundstücks selbst, nach der besondern Bestimmung desselben, geschehen, oder doch die Sache auf eine solche Art befestiget, und der unbeweglichen einverleibt wor-

82) Einen hierher gehörigen Fall hat auch LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CCIX. medit. 10.

worden ist, daß sie sich ohne Schaden des Ganzen nicht wohl trennen läßt [83]).

2) Werden auch bewegliche Sachen alsdann für unbewegliche im rechtlichen Verstande gehalten, wenn sie nicht nur zum beständigen Gebrauche einer unbeweglichen Sache bestimmt sind, sondern sich auch *wirklich* zu dem Ende an dem Orte ihrer Bestimmung befinden [84]). Pertinenzen dieser Art erfordern keine Cohäsion [85]). Die Gesetze rechnen hierher alles dasjenige, was nothwendig bey einem Grundstück oder der Hauptsache seyn und bleiben muß, wenn es einen Gebrauch haben soll, und also einen Theil vom Ganzen ausmacht [86]). Zum Beyspiel die Schlüssel eines Hauses

83) Man vergleiche hier vorzüglich Hrn. Prof. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinnskontract (Leipzig 1789. 8.) I. Th. I. Hauptst. 4. Kap. §. 121. ff.

84) Hierher gehört die Regel des Labeo in *L.* 17. §. 7. *D. de act. emti vend.* e a, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse; quae vero ad praesens, non esse aedificii. Conf. *Iac.* BORN Exerc. acad. de eo, quod iustum est circa destinationem. *Lipsiae* 1704. *Io. Phil.* TREIBER Diss. de destinatione *Erford* 1713. *Christ.* SCHREITER Diss. de mobilibus rebus in perpetuum usum destinatis. *Lipsiae* 1790.

85) *L.* 17. *pr. D. de act. emt. vend.* Aedium multa esse, *quae aedibus affixa non sunt*, ignorari non oportet; utputa seras, claves, claustra.

86) *L.* 13. §. 31. *D. eodem.* Aedibus distractis vel legatis, ea esse aedium solemus dicere, *quae quasi pars aedium, vel propter aedes habentur*, ut puta pureal. *Pureal* heißt eine Brunnendecke, wie die folgende *L.* 14. lehrt.

ses und der Zimmer, die Vorlege-Schlößer (claustra); die Rebpfähle in einem Weinberge, sofern sie schon zu diesem Zweck wirklich gebraucht worden sind, wenn sie auch einige Zeit von ihrem Orte weggenommen worden, nämlich nur in der Absicht, daß sie wieder dahin gebracht werden sollen [87]; die Wassertröge von Bley oder Holz, die man auch Röhrkasten nennt (castella plumbea [88]), ferner die Deckel über offenen Brunnen (opercula puteorum) [89]; die metallenen Zapfen oder Spunde, womit die Röhren auf- und zugedrehet werden können (epitonia) [90]; die Aufsätze und Figuren auf den Fontainen, aus welchen das Wasser springt (sigilla, columnae et personae, ex quarum rostris aqua salire solet) [91]; der Wassereymer bey einem Ziehbrunnen (situla) [92]. So sind ferner die Braugefäße und übrige zum Brauen nöthige Geräthschaften Pertinenzien des Brauhauses [93]. Bey einem Landgute ist das Stroh, was zur Fütterung des Viehes, und der Mist, der zur Düngung bestimmt ist, ein Zubehör desselben, und gehört beym Verkauf dem Käufer [94]; dahingegen ist das vor-

87) *L.* 17. *§.* 11. *D. eodem.* Pali, qui vineae causa parati sunt, *antequam collocentur*, fundi non sunt. Sed qui exemti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt.

88) *L.* 17. *§.* 8. *D. eodem.*

89) *L.* 17. *§.* 8. *cit.*

90) *L.* 17. §. 8. *cit.*

91) *L.* 17. §. 9. *D. eodem.*

92) *L.* 40. §. 6. *D. de contr. emt. vend.*

93) BERGER in Oecon. iuris lib. II. Tit. I. §. 7.

94) *L.* 17. §. 2. *D. de act. emti vend.* Man sehe auch Westphal a. a. O. §. 130. S. 107.

vorhandene Brenn- und Nutzholz bey einem Landgute nicht mit verkauft[95]). Man behauptet ferner, daß die Betten und der Hausrath in einem Gasthofe, sofern diese Sachen blos zur Gastwirthschaft bestimmt sind, und zwar dergestalt, daß sie beständig bey diesem Gasthofe verbleiben sollen, als Pertinenzien desselben zu betrachten[96]); z. B. die Möbeln sind mit der Zahl des Zimmers bezeichnet, in welchem sie befindlich sind. Im Zweifel muß dieses jedoch von dem Käufer bewiesen werden, wenn er daran Anspruch macht[97]). Ein ganzes Register solcher Pertinenzien hat Hommel[98]) geliefert; man darf jedoch dieses nicht für untrüglich halten. Die kleinere Schrift des Herrn Prof. Westphals[99]) enthält in vielem Betracht weit richtigere Grundsätze. Da übrigens die bloße Bestimmung einer beweglichen Sache zum beständigen Gebrauche einer unbeweglichen noch nicht hin-

95) *L. 17. §. 2. D. de act. emti vend.* Ligna autem venditoris sunt, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt.

96) SCHILTER Exercit. ad Pandect. IV. §. 23. p. 85. BERGER Electa disceptat. for. Tit. 36. Obs. 2. p. 1470. et in Oecon. iuris lib. II. Tit. I. §. 7. MENCKEN in select. controvers. iuris Disputat. VII. §. 10. pag. 40. CARPZOV P. III. Const. XXIV. Def. 10. BOEHMER in doctr. Digestor. h. t. §. 12. HELLFELD in Diss. de hypotheca mobilium Cap. I. §. 7. und MOGEN in Commentat. §. 15.

97) BOEHMER c. l. MOGEN c. l.

98) Carl Ferd. Hommels Pertinenz- und Erbsonderungs-Register, mit Zusätzen und Verbesserungen herausgegeben von D. Carl Gottl. Rößig. Leipzig 1782. 8.

99) D. Ernst Christ. Westphals rechtl. Abhandlung von den Pertinenz-Stücken eines verkauften Hauses. Halle 1778. 4.

hinlänglich ist, die erstere zu einem Pertinenzstück der letztern zu machen, sofern dieselbe, ihrer Bestimmung gemäß, noch nicht angewendet worden ist[100]; so läßt sich schon hieraus urtheilen, wie irrig die Meinung derjenigen sey[1]), welche behaupten, daß das Geld, welches zur Anschaffung einer unbeweglichen Sache bestimmt ist, für eine unbewegliche Sache zu halten sey[2]).

Zuweilen ist es sehr zweifelhaft, ob man eine gewisse Sache für eine bewegliche oder unbewegliche halten soll, ja sie kann

100) *L.* 17. *§.* 5. 10. *et L.* 18. §. 1. *D. de actionib. emti vend.* Die Gesetze nennen alles dasjenige, was zum Gebrauch eines Grundstücks oder Gebäudes aus der Erde gegraben, oder gehauen, oder sonst angeschaft, aber zu dem bestimmten Gebrauche noch nicht eingerichtet, oder noch nicht angewendet ist, RUTA CAESA. So sagt Ulpian *L.* 17. §. 6. *D. de act. emti vend.* Si RUTA et CAESA excipiantur in venditione, ea placuit esse *ruta*, quae eruta sunt, ut arena, creta et similia: *caesa* ea esse, ut arbores caesas, et carbones et his similia. Man vergleiche noch *L.* 17. §. 11. *L.* 18. *D. eod.* und *L.* 7. §. 13. *D. sol. matr.* Von diesen sagt nun Pomponius *L.* 66. *§.* 2. *D. de contr. emt. vend. Ruta caesa* ea sunt, *quae neque aedium neque fundi sunt.*

1) BERLICH P. III. Conclus. 29. n. 78. et sqq. WESENBEC Consil. 321. n. 46. et sqq. VOET in Tr. de mobil. et immobil. natura Cap. VII. §. 10.

2) CAIL Pract. Observat. Lib. II. cap. XI. HELLFELD de hypotheca mobilium Cap. I. §. 7. in fin. auch SCHILTER Ex. IV. ad Pand. §. 23. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts IV. Th. S. 187. Daß indessen jemand ein Recht haben könne, die bestimmte Anwendung des Geldes zu verlangen, wird hiermit nicht geläugnet.

kann nach Verschiedenheit der Umstände bald als beweglich, bald als unbeweglich betrachtet werden. Ein Beyspiel hiervon geben uns die Schiff-Mühlen. Diese rechnen einige [3]) zu den beweglichen, andere [4]) zu den unbeweglichen Sachen. Allein dieser Streit läßt sich dadurch am leichtesten beylegen, wenn wir einen Unterschied machen, ob Schiffmühlen in einem solchen Lande oder an einem solchen Orte angelegt worden sind, wo die Erbauung derselben eine Sache der freyen Willkühr ist, oder ob sie an solchen Orten sind angelegt worden, wo die Exstruction derselben ein landesherrliches Regal ist, und diese also ohne besondere Concession des Landesherrn nicht geschehen darf. Im erstern Falle sind Schiffmühlen, wie die Schiffe selbst [5]), zu den beweglichen Sachen zu rechnen. Im letztern Falle aber kann man sie zu den unbeweglichen Sachen rechnen, insofern zugleich in der Concession ein gewisser Ort ist angewiesen worden, wo die Mühle angelegt werden soll, ohne diese Stelle zu verändern [6]).

Daß übrigens die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche, wegen der davon abhangenden recht-

 lichen

3) LEYSER Spec. XXVI. Cor. 3.

4) BOEHMER in Dig. h. t. §. 12. MÜLLER ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. 2. Obs. 116.

5) *L.* 20. §. 4. *D. quod vi aut clam.* L. 1. §. 7. *D. de vi et vi armata.*

6) Man sehe de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. XIII. in fin. und besonders MOGEN cit. Commentat §. 10. In Praxi pflegt man jedoch Schiff-Mühlen meistentheils zu den unbeweglichen Sachen zu rechnen. S. Hommel in Pertinenz- und Erbsonderungs-Register v. Mühlen. S. 268.

lichen Wirkungen, einen sehr großen practischen Nutzen habe, der sich besonders bey der Uebergabe, Verjährung, Veräusserung der Güter der Unmündigen und Minorennen, Restitution und Veräusserung der Dotalgüter einer Ehefrau, der Cautionsleistung u. s. w. äussert, wird die Folge lehren [7]).

§. 174.

In wieferne sind unkörperliche Sachen zu den beweglichen oder unbeweglichen zu rechnen?

Unkörperliche Sachen sind eigentlich ihrer Natur nach weder beweglich, noch unbeweglich. Denn man kann sie nicht mit den äusserlichen Sinnen empfinden, sondern nur mit dem Verstande begreifen. Daher werden auch Rechte und Befugnisse, Schuldforderungen (nomina), Klagen, und überhaupt unkörperliche Sachen, sowohl von beweglichen als unbeweglichen Sachen, in unsern Gesetzen deutlich unterschieden, und als eine dritte Art von Sachen betrachtet [8]). Ein Beweiß, daß unter dem Wort Mobilien in der Regel nur körperliche Sachen zu verstehen sind [9]). Allein oft erfordern es die Umstände, die unkörperli-

7) S. *Io. Gottl.* HAERLIN de usu theoret. pract. distinctionis rerum in mobiles et immobiles. *Tübingae* 1715. 4.

8) *L.* 7. *§.* 4. *D. de peculio L.* 86. *pr. D. de legat.* 2. *L.* 15. §. 2. *D. de re iudicat. L.* 1. *C. de praet. pignore.*

9) Daher sind unter einer Verpfändung der Mobilien die ausstehenden Forderungen des Schuldners nicht begriffen. *Reinh.* BACHOVII Tr. de pignoribus et hypothec. Lib. I. cap. VI. n. 2. sq. Ferner unter dem Vermächtniß alles beweglichen Vermögens sind die ausstehenden Capitalien nicht zu verstehen. VOET in Comm. ad Pand. de legatis §. 18.

perlichen Sachen entweder zu den beweglichen, oder unbeweglichen zu rechnen. Dieß geschieht, wenn das Vermögen eines Menschen blos in bewegliches und unbewegliches eingetheilt wird, ohne die unkörperlichen Dinge, Gerechtigkeiten, Ansprüche, Forderungen u. d. gl. davon zu unterscheiden, und gleichwohl verschiedene Rechte bey den beweglichen und unbeweglichen Statt finden sollen. Eine solche Eintheilung machen zuweilen die Gesetze selbst: z. B. so soll der Mann zwar bewegliche, aber keine unbewegliche Dotalgüter seiner Ehefrau zu veräussern befugt seyn. So sind ferner in einigen Ländern Gesetze vorhanden, welche bey der Erbfolge einen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Gütern machen. Z. B. nach Sachsenrecht erbt der Mann das Mobiliarvermögen seiner Ehefrau, die Anverwandten derselben hingegen bekommen den Immobiliar-Nachlaß. Zuweilen macht ein Testirer eine solche Eintheilung seines Vermögens, und vermacht dem einen seinen Mobiliar-, einem andern aber den Immobiliar-Nachlaß. Nicht selten bringt es auch ein Vertrag und der Wille der Paciscenten mit sich, daß man die unkörperlichen Sachen mit unter die beweglichen und unbeweglichen begreife. Z. B. es verpfändet mir Jemand sein gesammtes Vermögen, beweg- und unbewegliches, so muß eine solche Verpfändung, so sehr auch andere dawider streiten, auf ausstehende Capitalien und Forderungen des Schuldners nach der vermutheten Absicht der Contrahenten allerdings ausgedehnet werden [10]). Ein anderes würde freylich zu behaup-

10) Conf. *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. contr. an res incorporales comprehendantur sub hypotheca generali, in qua mobilium et immobilium tantum mentio facta. *Lipsiae* 1773.

Gebr.

haupten seyn, wenn der Schuldner nur blos seine beweglichen und unbeweglichen Güter verpfändet hätte, ohne dabey zugleich des gesammten Vermögens Erwähnung zu thun [11]). Wenn nun also ein solcher Fall vorhanden ist, wo es die Umstände erfordern, daß man unkörperliche Sachen entweder zu den beweglichen, oder zu den unbeweglichen rechnen muß, so haben entweder schon die Gesetze selbst in dem gegebenen Falle bestimmt, auf welche Art solche Sachen entweder unter die eine oder die andere Classe gerechnet werden sollen, oder nicht. Im ersten Falle dient die gesetzliche Vorschrift zur Entscheidung, und die Sache ist ausser Streit. So z. B. werden Servituten und andere dingliche Rechte, wenn von einer acquisitiven Verjährung derselben die Rede ist, den unbeweglichen Sachen gleichgeachtet [12]). Im letztern Falle hingegen sind folgende Regeln zu bemerken.

a) Wenn eine unkörperliche Sache als Zubehör einer körperlichen zu betrachten ist, so nimmt sie die Eigenschaft derselben dergestalt an, daß sie entweder für beweglich, oder für unbe-

Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien I. Band 44. Meditat.

11) HOFACKER Princip. I. C. T. II. §. 1167. not. b. und Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 52. S. 105. folg.

12) *L. fin. in fin. Cod. de longi temp. praescr.* VOET cit. Tr. Cap. VII. n. 3. Eben so wird zur acquisitiven Verjährung eines Rechts gegen eine Kirche, wie zur Verjährung eines unbeweglichen Kirchenguts, ein Zeitverlauf von 40 Jahren erfordert. S. G. *L* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 638.

unbeweglich gehalten werden muß [13]). Der Grund hiervon ist die Regel: *accessorium sequitur suum principale.* Wenn also z. B. Rechte und Gerechtigkeiten auf einem Grundstücke ruhen, mithin ein Zubehör desselben ausmachen, wie z. B. Prädial-Servituten, oder das auf einem Hause ruhende Gastwirthschafts-Recht u. s. w. so werden dieselben zu den unbeweglichen Sachen gerechnet, und gehen mit dem Grundstücke, als ein Zubehör desselben, auf einen jeden Besitzer über [14]). Wenn im Gegentheil Rechte mit einer beweglichen Sache verbunden sind, so gehören sie zu den beweglichen Sachen [15]).

b) Wenn dingliche Rechte oder Real-Ansprüche unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, so werden dieselben ebenfalls zu den unbeweglichen Gütern gerechnet; haben sie aber bewegliche Sachen zum Gegenstande, so werden sie unter dieser Classe begriffen [16]). So z. B. wird die Eigenthumsklage (rei vindicatio) in Ansehung einer beweglichen Sache zu dem beweglichen, in Ansehung einer unbeweglichen Sache aber zu dem unbeweglichen Vermögen gerechnet. Der Grund hiervon ist die

13) HOFACKER in Princip. I. C. T. II. §. 726. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 199. ff.

14) *L. 47. D. de contrah. emt. vend.*

15) BOEHMER ius Digestor. h. t. §. 13. HELLFELD Diss. de hypotheca mobilium Cap. I. §. 12. *Christ. Lud.* STIEGLITZ Disp. de iuribus et actionibus feudi titulo concessis. Lipsiae 1747. §. 16.

16) HOFACKER c. l. pag. 7. BERGER Oeconom. iuris Lib. II Tit. I. §. 8. HELLFELD c. l.

Regel des bürgerlichen Rechts: *Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* [17]). Das heißt, wer ein unstreitiges Recht hat, eine in der Hand eines andern befindliche Sache als die seinige abzufordern, ist so gut vollständiger Eigenthümer, wie der, welcher das Seinige selbst in Händen hat. Hingegen

c) persönliche Rechte, und persönliche Klagen, wenn auch letztere auf die Erlangung einer unbeweglichen Sache gerichtet seyn sollten, werden zu dem beweglichen Vermögen eines Menschen gerechnet [18]). Denn diese haben eine persönliche Verbindlichkeit zum Grunde, und finden daher nur gegen die Person Statt, welche etwas zu leisten verbindlich ist [19]). *Inde consequens est*, sagt Voet [20]), *ut quemadmodum ipsa persona debitoris mobilis est, ac domicilium suo arbitratu transferre potest, etiam actio personalis, ossibus personae tantum inhaerens, mobilis iudicetur, velut accessio eius.* Daher sind auch ausgeliehene Capitalien

17) *L.* 15. *D. de Reg. iuris.* Daß diese Regel vorzüglich auf solche Klagen sich beziehe, wodurch man das Eigenthum einer Sache verfolgt, hat *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandectar. de diversis reg. iuris antiqui ad h. L. (*Oper. a* TROTZIO *editor.* pag. 773. u. 774.) sehr einleuchtend bewiesen. Dieser L. 15. scheint nun zwar die *L.* 204. *D. eod.* entgegen zu seyn, wo es heißt, Minus est actionem habere, quam rem. Allein diese Stelle ist zunächst von persönlichen Klagen zu verstehen, wie VOET h. t. §. 21. zeigt.

18) Hier sind vorzüglich *Paul* VOET de mobilium et immobilium natura Cap. VIII. §. 6. und *Io.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 21. nachzusehen.

19) §. 1. *I. de action.*

20) in Comm. cit. l.

lien der Regel nach zu den beweglichen Gütern zu rechnen [21]), wenn gleich zu deren Sicherheit eine Hypothek wäre constituiret worden [22]). Denn es kommt hier blos auf den Gegenstand meiner Forderung an. Dieser macht die Hauptsache aus. Die Hypothek ist nur etwas accessorisches. Hieraus ist auch die Frage zu entscheiden, ob jährliche Renten zu den beweglichen oder unbeweglichen Gütern gehören? Man unterscheide mit Voet [23]) zwischen Real-Renten (*reditus reales*, Grundzinsen), welche in der Eigenschaft eines dinglichen Rechts auf unbeweglichen Gütern haften, und von jedem Besitzer derselben alljährlich entrichtet werden müssen, und Leibzinsen (*reditus personales*), welche eine Person ohne Rücksicht unbeweglicher Güter jährlich zu bezahlen schuldig ist. Renten der letztern Art gehören zu dem beweglichen Vermögen desjenigen, der sie zu fordern hat, weil sie in einer persönlichen Verbindlichkeit des Schuldners gegründet sind. Allein wenn von *reditibus realibus* die Frage ist, so ist wieder zwischen verfallenen (betagten) Zinsen, die dem Zinsherrn schon hätten bezahlt werden sollen, aber zur Zeit noch rückständig

 sind

21) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXVI. med. 2. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 15. in fine. Pütter auserlesene Rechtsfälle III. Bandes III. Theil Resp. CCXCIX. n. 5. S. 747.

22) VOET in Commentat. ad Pandect. h. t. §. 27. HELLFELD in Diss. de hypotheca mobilium Cap. I. §. 13. HOFACKER c. l. not. e. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 203. am Ende u. folg. Seite.

23) *Paul* VOET in Tract. de mobilium et immobilium natura Cap. IX. et *Io.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 22. — 26.

sind (reditus, quorum dies iam cessit), und dem Rechte selbst, vermöge dessen man aus einer unbeweglichen Sache alljährlich gewisse Einkünfte und Renten ziehen kann, zu unterscheiden. Letzteres gehört zu dem Immobiliarvermögen desjenigen, dem dieses Recht zusteht[24]). Erstere aber werden zu dem Mobiliarvermögen gerechnet, weil der schon verfallenen Gülten halber nur eine persönliche Klage Statt findet[25]). Aus eben diesen Grundsätzen ist endlich auch die Frage zu entscheiden, zu welcher Classe von Gütern die Erbegelder gehören? Man versteht unter Erbegelde dasjenige Geld, welches ein Erbe, dem bey der Erbtheilung die Grundstücke des Verstorbenen für einen gewissen Preiß sind überlassen worden, oder haben überlassen werden müssen, dem andern Miterben wegen seines Antheils, den dieser auf den Grundstücken stehen gelassen, und dem schuldenden Erben wegen der Bezahlung Frist gegeben hat, herauszuzahlen schuldig ist[26]). Das Erbgeld wird nun bald zu den beweglichen, bald zu den unbeweglichen Gütern desjenigen gerechnet, der solches zu fordern hat. So lange nämlich dasselbe noch unbetagt ist (si dies nondum venit),

24) *Clement.* 1. *vers. cumque annui reditus de Verbor. Significat.*

25) Hiermit stimmen auch überein *Io. Andr.* FROMMANN in Diss. de negotii annuorum redituum et usurarum mutui foeneratitii natura et different. *Tübingae* 1687. §. 35. sqq. GAIL Observat. lib II. cap. X. n. 3. *Io. Phil.* LYNCKER Tr. de reditibus annuis, quos vocant redimibiles. (*Ienae* 1697. 4.) Dispect. V. §. 3. pag. 112. sqq. BERGER in Oeconom. iuris lib. II. Tit. I. §. VIII. n. 2. HOFACKER T. II. §. 726. not. e.

26) *Io. Bernh.* FRIESEN Diss de pecunia hereditaria. *Ienae* 1708. und vorzüglich *Car. Frid.* WALCH Disp. de privilegio pecuniae hereditariae creditorum in concursu. *Ienae* 1776. 4.

nit), wird es als unbeweglich Gut angesehen, weil es auf unbeweglichen Gütern haftet, und daraus bezahlet werden muß. Walch[27]) nimmt noch einen andern Grund aus dem stillschweigenden Miteigenthum her, welches nach teutschen Rechten, auch noch nach geschehener Erbsonderung, in Ansehung der dem einen Miterben überlassenen Grundstücke den übrigen verblieb, und von wichtigen rechtlichen Folgen war. Das betagte Erbgeld hingegen wird zu dem Mobiliarvermögen des Gläubigers gerechnet[28]).

§. 175.

Eintheilung des Sachenrechts. Entwickelung der Begriffe von *ius in re* und *ius ad rem.*

Wir kommen nun auf das Sachenrecht selbst. Nach der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten theilt man es in *ius in re*, dingliches Recht, und *ius ad rem*, persönliches Recht, ein[29]). Benennungen, die das römische Recht nicht kennt, obwohl die Eintheilung der Sache nach allerdings in demselben gegründet ist. Das römische Recht nennt

27) a. a. O. §. VI.

28. Hr. Reg. Rath Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 208. f. will zwar den Unterschied zwischen betagtem und unbetagtem Erbegelde verwerfen, allein, wie mich dünkt, ohne hinlänglichen Grund.

29) *Ger.* FELTMANN Tract. de iure in re et ad rem. *Duisburgi* 1656. 12. *Ulr.* HUBER in Digressionib. Iustinian. Lib. IV. cap. X. pag. 296 — 344. et *Henr.* HAHN Diss. de iure rerum et iuris in re speciebus, recusa cum adversariorum scriptis et dissertat. apologet. *Helmstadii* 1664. 4.

nennt ein dingliches Recht *ius in rem*, ein persönliches aber *ius in personam* [30]). Die Begriffe, die sich übrigens unsere Rechtsgelehrten vom *ius in re* und *ius ad rem*, um diese im juristischen Sprachgebrauche einmal angenommene Benennungen beyzubehalten, machen, sind sehr verschieden, und nur wenige in allem Betracht richtig. **Feltmann** [31]) führt zehen ganz verschiedene Definitionen davon an, und verwirft sie alle. Nur Schade, daß sein eigener Begriff noch fehlerhafter ausgefallen ist, als die von ihm verworfenen nur immer seyn konnten; wie **Huber** gezeigt [32]) hat. Unter den neuern Rechtsgelehrten scheinen die Begriffe des **Hubers** [33]) den meisten Beyfall gefunden zu haben. Dieser sagt: IUS IN RE est *facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam.* IUS AD REM est *facultas competens in aliam personam, ut nobis aliquid det vel faciat* [34]). Folgende Vorstellungsart wird, deucht mir, am leichtesten zu fassen seyn [35]). Ich habe oben

30) Daher werden in Gemäßheit dieser Eintheilung auch die Klagen in *actiones in rem* und *in personam* eingetheilt §. 1. *I. de actionib.*

31) cit. Tract. cap. IX.

32) cit. Digreſſion. c. I.

33) in Praelectionib. iuris civ. sec. Inſtitut. Iuſtinian. Lib. II. Tit. I. §. 12.

34) Hiermit stimmen auch die Begriffe des Hrn. Hofr. HOFACKER in Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 780. genau überein.

35) Vergl. übrigens **Reinhards** Sammlung jurist. philos. und kritischer Aufsätze I. Bandes 4. Stück Nr. VI. S. 274. folgg. Prof. **Woltärs** Grundsätze der Rechtsgelehrs. §. 216. **Hufelands** Institutionen des positiven Rechts §. 412. und 413. und **Hugo** Lehrbuch des heutigen röm. Rechts §. 22.

oben (§. 163.) gesagt: die Sachen seyen entweder Handlungen der Menschen, oder eigentlich sogenannte Sachen. Es können also sowohl bestimmte Handlungen einer Person, als eigentlich sogenannte Sachen der unmittelbare Gegenstand eines Rechts seyn. Dasjenige Recht nun, dessen unmittelbarer Gegenstand eine eigentlich so genannte Sache ist, so daß dabey auf gar keine besondere verpflichtete Person gesehen wird, wird ein dingliches Recht, ein Recht auf eine Sache (*ius reale*, *ius in re*, oder *ius in rem*) genennt. Ein solches Recht hingegen, welches sich unmittelbar auf die Handlung einer bestimmten Person bezieht, welche mir vermöge desselben verbunden ist, etwas zu thun oder zu geben, ist ein persönliches Recht, ein Recht zur Sache, oder an einer Sache (*ius personale*, *ius in personam*, *ius ad rem*). Der Gegenstand des persönlichen Rechts kann nun entweder eine blose Handlung des Verpflichteten seyn, z. B. die Arbeit eines Tagelöhners; oder die Handlung, welche den Gegenstand des persönlichen Rechts ausmacht, kann in dem Geben, oder der Restitution einer Sache bestehen, z. E. wenn mir Jemand Geld bezahlen, oder eine Sache übergeben soll, die ich von ihm gekauft habe, oder eine Sache zurückgeben soll, die ich ihm geliehen habe. Die besondere Verbindlichkeit, welche in jenem erstern Falle dem persönlichen Rechte entspricht, heißt *obligatio ad faciendum*, die in dem leztern Falle hingegen wird *obligatio ad dandum aut restituendum* genennt. Sonach sezt also alles *ius in personam* eine gewisse Person voraus, welche einer andern zu einem bestimmten Thun oder Geben verbindlich gemacht worden ist [36]), es sey nun dies entweder durch ihre

36) Daher wird das ius in personam auch *ius obligationis* genennt. S. §. 2. *I. de reb. incorpor.*

ihre eigene, oder durch die Handlung eines Dritten, sofern man diese zu vertreten hat, oder ohne ein besonderes factum unmittelbar durch ein Gesetz geschehen. Was das *ius in rem* betrifft, so hat solches zwar eine Sache selbst, ohne alle Rücksicht auf eine bestimmte Person, zum Gegenstande; dies schadet indessen nichts, daß nicht demselben eine allgemeine Verbindlichkeit entspricht, vermöge welcher die Person, die nämlich diese Sache in Besitz hat, zu etwas, nämlich zur Restitution oder Abtretung der Sache, verbunden seyn könne[37]). Ja zuweilen kann Jemand, ob er gleich eigentlich Besitzer der Sache nicht ist, dennoch vermöge meines dinglichen Rechts zufällig für die Sache haften müssen, nämlich wenn er sich muthwillig für den Besitzer ausgegeben (*liti se obtulit*), oder die Sache in der Absicht zu besitzen aufgehört hat, um nur meinen Anspruch dadurch zu vereiteln (*dolo desiit possidere*[38]).

Da übrigens das Recht dem Gegenstande nach in ius in rem und ius in personam eingetheilt wird; so muß davon die Eintheilung des Rechts in ius reale und personale nach dem Subiect, welchem es zusteht, wohl unterschieden werden. Ein subjectiv dingliches Recht

37) NETTELBLADT in Diss. de iure in re, quae est res nullius Sect. I. §. 9. sagt: *Si ius est ius in re, deesse determinatam personam obligatam, dici quidem posse: ast deesse certam personam obligatam, simpliciter dici non posse, dum, quoties res, quae huius iuris obiectum est, possidetur ab alio, omnino certa persona obligata adest, nimirum praesens rei possessor.*

38) *L.* 25. *L.* 27. *§.* 3. *D. de Rei Vindicat.* TURIN de ficto possessore. *Erford.*

Recht wird nämlich ein solches genennt, welches von jedem Besitzer einer gewissen Sache, der dieses Recht anklebt, ausgeübt werden kann. Z. B. wenn ein Privilegium, oder eine Gerechtigkeit auf einem Grundstück haftet. Ein subjectiv persönliches Recht hingegen heißt ein solches, welches nur einer gewissen Person zusteht, so lange sie lebt, z. B. eine persönliche Servitut, oder ein persönliches Privilegium.

Ob es nicht ausser den angeführten beyden Hauptgattungen des Sachenrechts noch mehrere gebe, ist zweifelhaft. Die meisten nehmen nur jene zwey Arten des Sachenrechts an, nämlich dingliches und persönliches Recht. Allein andere [39]) fügen noch das Possessionsrecht nicht ohne Grund hinzu, welches in denjenigen Rechten und Befugnissen besteht, die jemandem, der sich im Besitze einer Sache befindet, um dieses Besitzes willen zustehen. Schon Kriesen [40]) hat gezeigt, daß dieses ius possessionis eine ganz eigene Gattung des Sachenrechts ausmache, die sich weder unter das ius in rem noch unter das ius in personam bringen läßt.

§. 176.

Wirkungen des dinglichen Rechts.

Daß der Unterschied zwischen ius in rem und ius in personam von grosser Wichtigkeit sey, wird sich aus den Wirkungen dieser beyden Rechte ergeben.

Soviel

39) Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 280. S. 263.

40) in Diss. de genuina possessionis indole. *Ienae* 1725. §. 5. sqq.

Soviel also I) die Wirkung eines dinglichen Rechts betrift, so ergiebt sich aus dem Begriff desselben, daß ich solches der Regel nach gegen jeden, der mir die Sache vorenthält, oder mich sonst in der Ausübung meines Rechts stöhrt, verfolgen kann. Die Klage, welche aus einem dinglichen Rechte entspringt, heißt *actio in rem*, oder *Vindicatio* im weitläuftigen Verstande. Daher sagt Ulpian *L.* 25. *D. de Obligat. et Action.* Actionum genera sunt duo: *in rem*, quae dicitur VINDICATIO: et *in personam*, quae CONDICTIO appellatur. *In rem actio* est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est, qui rem possidet. *Res nostra* heißt hier nicht unser Eigenthum, sondern jede Sache, an welcher uns ein dingliches Recht zustehet, wie es auch unser Hr. Verf. richtig erklärt. Es giebt jedoch

a) Fälle, wo man ein dingliches Recht entweder noch zur Zeit nicht, oder nicht gegen jeden dritten Besitzer der Sache, oder gar nicht gegen den dritten redlichen Besitzer verfolgen kann[41]). Das erste findet Statt, wenn mein dingliches Recht noch zur Zeit ruhend, das heißt, in Ansehung meiner Person ohne Ausübung ist, weil entweder ein anderer das ausschliessende Recht zur Ausübung desselben hat, oder sonst ein Hinderniß vorwaltet[42]). In solchem Falle befinden sich Kinder während der väterlichen Gewalt, eine Ehefrau während der Ehe, der Eigenthümer der von einem andern, wenn gleich wissentlich (mala fide), ver-

41) *Gottl. Euseb.* OELTZE de actione reali adversus quemcunque possessorem non competente. *Ienae* 1769. 4.

42) *Io. Bernh.* FRIESEN Dissertat. de iure dormiente. *Ienae* 1714. 4.

verbaueten Materialien, so lange das Gebäude stehet, ne urbs ruinis deformetur, u. s. w. Der andere Fall bezieht sich auf diejenigen dinglichen Klagen, die ihrer Natur nach nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden können, zu diesen gehört z. B. die Publicianische Klage, die aus einem prätorischen oder präsumtiven Eigenthume gegen den erhoben wird, welcher entweder mit gar keinem, oder doch geringerm Rechte, als der Kläger, die Sache besitzt. Ferner die hereditatis petitio, die nur gegen einen solchen Besitzer der Erbschaft angestellet werden kann, der solche pro herede oder pro possessore inne hat. Der dritte Fall kommt in denjenigen Gegenden Teutschlands vor, in welchen die alte teutsche Rechtsregel: Hand muß Hand wahren, oder: wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder finden[43]), durch Einführung des Röm. Rechts nicht verdrängt worden ist. Vermöge dieser Regel ist der ehrliche Erwerber einer Sache gegen alle ihm zur Zeit des Erwerbs unbewußten dinglichen Ansprüche vollkommen gesichert[44]). Die neuern Rechte haben jedoch diese Regel auf mancherley Weise eingeschränkt[45]), und

43) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern IV. Abtheil. Nr. IX. S. 346. ff. Ernst Christ. Westphals rechtliche Abhandlung derjenigen Fälle, in welchen der Eigenthümer seine in eine dritte Hand gediehenen Sachen entweder gar nicht, oder nicht unentgeldlich absordern kann. Halle 1787. §. 6.—22.

44) Runde Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechts §. 199.

45) *Sam. Frieder.* WILLENBERG Dissertat. de abusu canonis iuris Lubecensis, Hand muß Hand wahren. *Gedani* 1707. *Mich. Godofr.* WERNHER Epist. gratulat. de utilitate regulae Romanae:

und es kann daher heutiges Tages dieselbe nicht weiter gebraucht werden, als sofern sie Gesetze oder Herkommen noch wirklich bestätigen [46]).

b) In den meisten Fällen wird die Realklage gegen den Besitzer angestellt. Also der Besitzer selbst stellt keine Realklage an [47]). Es giebt indessen Ausnahmen, wo auch derjenige, welcher im Besitz ist, actione in rem klagen kann. Dies ist z. B. der Fall bey den Realklagen wegen der Servituten Denn so wie derjenige, welcher sich im Besitz der Servitut befindet, actione confessoria gegen den klagen kann, der ihm diese nicht gestatten will; so kann auch der Besitzer die Freyheit seines Grundstücks von einer Servitut, die sich ein anderer darauf anmaßen will, mit der actione negatoria behaupten [48]). Nach Justinian [49]) soll

nae: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*, et inutilitate germanicae: *manus dans rem reposcat a manu accipiente, Hand muss Hand wahren,* in plurimis Germaniae foris. *Erlangae* 1767. 4. Steins Abhandlungen des Lübischen Rechts Th. 3. S. 118. 124. 136. 181. 183.

46) HEINECCIUS in Element. iuris Germ. Lib. II. Tit XIII. §. 384. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 2. Band §. 199.

47) *§. 2. I. de Action.* Nam in his is agit, *qui non possidet,* ei vero, *qui possidet*, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse.

48) *L. 6. §. 1. D. Si servit. vindic. L. 8. §. 3. D. eodem.* WESTPHAL Interpretat. iur. de libertate et servitut. praedior. §. 976. et §. 963.

49) *§. 2. I. de actionib.* Sane *uno casu*, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris oportunius apparebit.

soll es auch sogar bey der Vindication körperlicher Sachen *unum casum* geben, wo derjenige, qui possidet, nihilominus actoris vices obtinet. Was dies für ein Fall sey, hat nun zwar Justinian nicht gesagt, sondern verweißt auf die Pandecten. Daher ist über diese Stelle viel gestritten worden [50]). Wahrscheinlich hat jedoch Justinian einen solchen Fall gemeint, wo die Reivindication, statt des Interdicti uti possidetis, ergriffen wird [51]).

§. 177.

Wirkungen des persönlichen Rechts.

Ganz verschieden sind II) die Wirkungen des persönlichen Rechts. Ein solches Recht kann nur gegen eine bestimmte Person ausgeübt werden, die mir nämlich entweder durch eine Handlung, oder unmittelbar durch ein Gesetz zu einem bestimmten Thun oder Geben verbindlich gemacht worden ist. Es wirkt daher nur eine persönliche Klage (*actio in personam*), welche auf die Erfüllung einer bestimmten Obligation oder Forderung gerichtet wird. Sehr

 oft

50) Vergl. DOUJAT Diss. de uno casu in §. 2. I. de act. hinter REIZ *Paraphr. Theophil. Tom. II.* p. 1222. *Sigm. Reich.* JAUCH Diatr. I. et II. ad §. 2. I. de action. *Dresdae* 1694. et 1697. 4. DORETTUS ad §. 2. I. de act. *Lignit.* 1737. et *Matth.* SAULLING Diss. de interpretatione verborum in fine §. 2. I. de actionib. praeside *Io. Nepom.* ENDRES *Wirceburgi* 1788. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 5. Qu. 3.

51) *L.* 12. *§.* 1. *D. de acquir. vel amitt. poss.* Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1095. S. 1011. (der neuesten Ausgabe von 1798.) u. Hugo Lehrbuch des heutigen röm. Rechts §. 183. Not. **. S. 143.

oft geht diese Obligation auch darauf, daß ein ius in rem entweder aus ihr entstehen, z. B. eine Servitut dem Vertrage gemäß constituiret werden solle, oder daß das dingliche Recht von der persona obligata auf den, welcher so lange nur ein ius in personam hat, übergehen, z. B. das Eigenthum des vorigen Besitzers auf den Käufer übertragen werden solle. Wenn nun gleich Personalklagen nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden können, sondern nur gegen die verpflichtete Person gehen, so leidet doch auch diese Regel ihre Ausnahme. Es giebt nämlich Personalklagen, welche die besondere Eigenschaft haben, daß sie gegen jeden Besitzer angestellet werden können. Sie werden *actiones in rem scriptae* genennt. Dahin gehören z. B. actio quod metus causa, actio de pauperie, actio ad exhibendum. In dem *Tit. de edendo* (lib. II. Tit. 13.) §. 273. wird davon mit mehrerem gehandelt. Ich füge hier nur noch die Bemerkung hinzu, daß aus dem allen, was von den Wirkungen des dinglichen und persönlichen Rechts bisher gesagt worden ist, sich soviel ergiebt, daß das dingliche Recht ein stärkeres und dauerhafteres Recht sey, als das persönliche.

§. 178.

Arten des dinglichen Rechts.

Ueber die Frage, wie viel Arten des iuris in rem das Römische Recht annimmt? ist von jeher, sowohl unter den ältern als neuern Rechtsgelehrten, viel gestritten worden [52]. Einige nehmen mit Born [53] nur eine

52) Man vergleiche *Henr.* HAHN Diss. de iure rerum et iuris in re speciebus, *Helmst.* 1664. *Christ.* WAECHTLER Diss. de iure in

eine an, nämlich das **Eigenthum**. Allein schon Enoch Gläser[54]) zeigte, daß nach dieser Meinung das Wort **Eigenthum** in einer sehr uneigentlichen Bedeutung genommen werden müsse. Andere nehmen deren drey an, nämlich das **Eigenthum**, die **Servitut**, und das **Pfandrecht**[55]). Die meisten vier, **Eigenthum**, **Pfandrecht**, **Servitut** und **Erbrecht**. Nettelbladt fügt diesen noch das **Recht, herrenlose Sachen zu occupiren**, hinzu, und nimmt ein *ius in re nullius*[56]) an. Viele setzen noch die **Possession**, oder eigentlich das **Possessionsrecht** hinzu. Ich finde keinen überzeugenden Grund, die von den meisten angenommene Eintheilung des iuris in rem in die vorhin genannten vier Arten zu ändern, wenn sich auch nicht gerade a priori, wie Heinrich Kellinghusen[57]) will, beweisen läßt, daß es nicht mehr

 und

in re. *Vitembergae* 1682. 8. *Ferd. Aug.* HOMMEL Dissertat. quinque iuris in re species, quas vulgo tradunt, nec semper tales esse, nec solas. *Lipsiae* 1736. *Wouter. Anton. van der* RAMHORST Dissert. de speciebus iuris in re. *Lugduni Batavor.* 1783. und *Imman. Frid.* RAPPOLT Diss. de numero specierum iuris in re, et praesertim an possessio illis sit adnumeranda? praeside *Henr. Godofr.* SCHEIDEMANTEL *Stuttgardiae* 1786. defens.

53) Diss. de iure in re actiones reales producente. *Diet. Herm.* KEMMERICH Progr. de dominio, tanquam unica specie iuris in re. *Vitemb.* 1724.

54) Diss. apolog. de iure in re *Iacobo* BORNIO opposita. *Helmst.* 1663.

55) Hr. Prof. **Hugo** im Lehrbuch des heutigen röm. Rechts §. 23.

56) in Diss. de iure in re, quae est res nullius. *Halae* 1779.

57) in Diss. de legibus nonnullis Romanor. cap. 21. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. Belgicar.* T. II. Vol. 2. pag. 64.)

und nicht weniger Arten des iuris in re geben könne. Man kann sich die Sache tabellarisch auf folgende Art vorstellen. Das dingliche Recht besteht entweder in dem ausschliessenden Rechte, über die Substanz einer körperlichen Sache nach eigenem Gefallen zu disponiren, oder nicht, sondern es hat eine fremde Sache zum Gegenstande. In dem ersten Falle heißt dieses Recht das Eigenthum oder Eigenthumsrecht (dominium). In dem letztern Falle hat das dingliche Recht entweder die Verlassenschaft eines Verstorbenen zum Gegenstande, und geht dahin, sich dieselbe zueignen zu können[58]), oder die Sache eines noch lebenden Eigenthümers macht den Gegenstand meines dinglichen Rechts aus. In dem ersten Falle heißt es Erbrecht (hereditas); in dem letztern Falle aber steht mir das Recht entweder blos zur Sicherheit meiner Forderung auf der fremden Sache zu, oder mein dingliches Recht besteht darin, daß der Eigenthümer zu meinem Nutzen oder zum Besten meines Grundstücks auf seiner Sache etwas leiden muß, oder etwas nicht thun darf. In dem ersten Falle heißt mein Realrecht ein Pfandrecht (pignus), im letztern aber eine Dienstbarkeit (servitus). Das vom Nettelbladt angenommene *ius in re nullius* läßt sich unter diese Classification nicht bringen. Denn es ist mit dem Begriff und Wirkungen des iuris in re nicht zu vereinigen, da es keinen bestimmten Gegenstand hat. Das daraus hergeleitete ius occupandi aber ist bald als ein bloßer Ausfluß der natürli-

58) Denn eine noch nicht angetretene Erbschaft stellt den Verstorbenen vor, und wird vermöge einer rechtlichen Fiction als ein noch fortdauerndes Eigenthum desselben, angesehen. S. §. 169. S. 489.

türlichen Freyheit anzusehen, bald gehört solches zum Territorialeigenthum, bald zum Privateigenthum oder zu andern entweder dinglichen Rechten, z. B. Servituten, oder persönlichen Rechten eines Privatmanns, je nachdem es entweder ein *ius occupandi commune*, oder ein *ius occupandi proprium publicum*, oder ein *ius occupandi proprium privatum* ist. Eben so wenig gehört auch hierher das Possessionsrecht, wie sich alsdann sehr leicht wird darthun lassen, wenn wir zuvörderst das Nöthige vom Besitz überhaupt, und den mancherley Arten und Rechten desselben werden vorausgeschickt haben[59].

§. 179.

I) Was heißt Besitz im römischen Rechte?

Das Wort besitzen (*possidere*) bedeutet eigentlich, und im grammatischen Sinne genommen, so viel, als in seiner Gewalt oder Gewahrsam haben. In dieser ursprünglichen Bedeutung ist also Besitz (*possessio*) derjenige

59) Unter der grossen Menge von Schriften über die Lehre vom Besitz verdienen folgende vorzügliche Empfehlung: *Francisc.* RAMOS *del* MANZANO ad Tit. D. de acquirenda vel amittenda possessione Recitationes Novantiquae (apud MEERMANNUM *in Thes. iur. civ. et canon.* T. VII.) *Ios. Fernandes de* RETES Praelect academ. ad Tit. eundem Dig. (*in Thes. Meermann. ibid*) Essai sur les principes du droit, tant ancien que moderne, en matiere de possession Par *M. I* IUPILLE. a *Louvain* 1780. *Angeli Iacobi* CUPERI Observationes selectae de natura possessionis. *Lugduni Batavorum* 1789. 4. Carl F. W. von Spangenberg Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz. 2 Theile. Bayreuth 1794. 8. und *Ferd. Gottlelf* FLECK Hermeneutices Tituli Pandectar. de acquirenda vel amittenda possessione. Specimina duo. *Lipsiae* 1796. 4.

jenige Zustand, da man eine Sache dergestalt in seiner Gewalt hat, daß man darüber ungehindert disponiren kann, kurz, die körperliche Detention oder physische Behauptung einer Sache. Die Gesetze selbst nehmen diese allgemeine Bestimmung an[60], und legen dem Besitz in dieser weiten Bedeutung die Unverletzlichkeit gegen jede anmaßliche Selbsthülfe bey[61]. Allein im juristischen Verstande, oder im Sinne des Röm. Civilrechts, macht die körperliche Detention einer Sache nur einen Theil, und gleichsam nur die Grundlage eines im juristischen Verstande genommenen Besitzes aus. Denn hierzu wird noch insonderheit auf Seiten des Besitzers die Absicht erfordert, die Sache für sich zu haben und zu behalten (*animus rem sibi habendi*). Besitz im eigentlichen juristischen Sinne genommen (*possessio iuris civilis*), heißt also die Detention einer körperlichen Sache, welche mit der Absicht verbunden ist, dieselbe für sich zu haben und zu behalten. Nach diesem Begriff wird also zur Possession im Sinne des Civilrechts zweyerley erfordert:

1) Das physische Vermögen über eine Sache zu disponiren. Ob ich zu dieser Verfügung berechtiget bin, oder nicht, ist gleichviel, genug wenn die Sache in meiner Gewalt ist, daß ich darüber nach meiner Intention

60) Dies beweißt die römische Ableitung des Worts POSSESSIO *L. 1. pr. D. de acquir. vel amitt. possess.* wo Paulus sagt: *Possessio* appellata est a *Sedibus*, quasi positio: *quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit.* Man vergleiche auch noch *L. 24. D. eod. L. 49. §. 1. D. eod. L. 38. §. 7. et 8. D. de Verb. Obligat.*

61) *§. 4. I. de Interdict. L. 2. D. Uti possidet.* Spangenberg im angef. Buche 1. Th. §. 9.

tion ungehindert disponiren kann. Denn Besitz und Rechtsbefugniß sind ganz verschiedene Dinge. Jener ist ein physisches, diese ein moralisches Vermögen zu handeln. Daher ist auch der Dieb und Räuber im Besitz der gestohlnen und geraubten Sache, wenn ihm gleich kein Recht an dieser Sache zusteht.

2) Der Wille und die Absicht, die Sache, die man detinirt, für sich zu haben und zu behalten. Diese Absicht, welche in den Gesetzen *animus rem sibi habendi*, *affectus possidendi*, auch *affectio tenendi* genennt wird[62]), ergänzt gleichsam, wie Paulus[63]) sagt, dasjenige, was dem natürlichen Besitz, bey welchem nur die körperliche Gewalt vorhanden ist, noch fehlt (quod deest naturali possessioni, id animus implet), und bestimmt also den wesentlichen Character der Possession im Sinne des Civilrechts. Hieraus erklärt sich nun auch, wenn in den Gesetzen gesagt wird, die Possession sey nicht blos corporis, sondern auch animi[64]). Daher kann ein infans, so wenig, als ein Wahnsinniger für sich einen eigentlichen Besitz in diesem rechtlichen Sinne erlangen, *quia affectionem tenendi non habent*, wie Paulus[65]) sagt, licet maxime corpore suo rem contingant. Hieraus folgt

wei-

62) *L. 1. §. 3. L. 3. §. 3. L. 18. §. 3. L. 32. §. 2. L. 41. et L. 46. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 3. C. de acquir. et retin. poss.*

63) *L. 3. §. 3. D. de acquir. vel amitt. poss.*

64) *L. 1. §. 15. D. Si is, qui testam. liber esse iussus erit. L. 3. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.*

65) *L. 1. §. 3. D. de acquir. vel amitt. poss.*

weiter, wie eben dieser Röm. Jurist sagt[66]), daß derjenige, welcher nicht weiß, daß in seinem Grundstück ein Schatz verborgen liegt, diesen Schatz nicht besitze, quamvis fundum possideat, weil es noch an dem *affectu possidendi* fehlt. Diese Besitzintention, welche zur Possession des Civilrechts wesentlich erfordert wird, involvirt jedoch nicht gerade, wie Ramos del Manzano glaubt[67]), die Meinung, sich die Sache als Eigenthümer anzumaßen. Nein, es sagt vielmehr Ulpian[68]): *nihil commune habet proprietas cum possessione*, und die Gesetze[69]) geben uns selbst genug Beyspiele von Besitzern, qui, licet *iuste possideant*, non tamen *opinione domini* possident, z. B. Pfandgläubiger. Galvanus[70]) hat dies mit vieler Gelehrsamkeit erwiesen, daß zum Besitz kein Eigenthum, auch nicht einmal die Absicht, Eigenthümer zu seyn, erfordert werde, wenn gleich Harmenopulus und die griechischen Scholiasten die Stelle des Paulus in der *L. 3. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.* adipiscimur possessionem *corpore* et *animo*, irrig von einem animo sive affectu domini verstanden haben. Zwar sagt Paulus an einem andern Orte[71]), daß zuweilen das Wort *possessio* auch eine Proprietät, ein Eigenthum anzeige, allein das geschiehet nur

66) *L. 3. §. 3. D. eodem.*

67) Recitat. cit. ad Tit. D. de A. vel A. P. Part. I. §. 11–16.

68) *L. 12. §. 1. D. eodem.*

69) *L. 13. §. 1. D. de Public. in rem actione. L. 22. §. 1. D. de Noxal. Action.*

70) de Usufructu cap. 33. n. III. pag. 429. sqq.

71) *L. 78. D. de Verbor. Significat.* Interdum proprietatem quoque verbum *possessionis* significat: sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est.

nur abusive bey Privat- und letzten Willens-Verordnungen, bey denen, wie Marcellus [72]) sagt, nicht immer die gelehrten wissenschaftlichen Wortbedeutungen zum Grunde zu legen sind, weil die Erfahrung lehrt, daß die Testirer zuweilen statt der eigentlichen Benennungen und Worte ungewöhnliche Ausdrücke und Bedeutungen gebrauchen. Wie sorgfältig aber die römischen Juristen die detentionem cum animo sibi habendi coniunctam von der Proprietät unterschieden haben, siehet man unter andern noch besonders aus einer Stelle des Javolenus *L. 115. D. de Verbor. Significat.* wo es heißt: *Possessio* ab agro iuris proprietate differt. *Quidquid enim adprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere*, hoc POSSESSIONEM appellamus [73]). Der *animus* oder *affectus possidendi* soll also nur den Willen anzeigen, über die Sache zu disponiren, und mittelst der körperlichen Gewalt, die man über die Sache hat, gewisse rechtliche Intentionen geltend zu machen [74]). Fehlt es an dieser Absicht, so ist keine possessio im eigentlichen Sinne des Civilrechts vorhanden.

72) *L. 69. §. 1. D. de legat. III.* Non enim in *causa testamentorum* ad *definitionem* utique descendendum est, cum plerumque *abusive* loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur.

73) Wie nach und nach der Besitz von der Proprietät und andern Rechten unterschieden worden; und was insonderheit die Ursache gewesen, weswegen die Rechtsgelehrten so sorgfältige Bestimmungen über den Besitz allein machten, hat Cuper in den angef. Observat. select. de natura possessionis Part. I. Cap. I. sehr gelehrt und vortreflich ausgeführt.

74) Spangenberg im angef. Buche I. Th. §. 10. S. 17.

den[75]). So wäre also nun der oben gegebene juristische Begriff vom Besitz ausser allem Zweifel, und ich bemerke nur noch, daß die römischen Juristen die Possession als eine *rem facti* betrachten[76], weil die Detention sowohl, als auch die damit verbundene Absicht, die Sache für sich zu behalten, beyde factisch sind. Daher irren Merenda[77]) und Bachov[78]), wenn sie den Besitz als ein Recht ansehen, denn wenn gleich die Gesetze dem Besitz vieles von der Natur des Rechts beygemischt haben, und daher in dieser Rücksicht vom Papinian selbst gesagt wird, daß die possessio nicht allein *corporis*, sondern auch *iuris* sey[79]); so ist dieses doch dem Besitz an und für sich nicht eigen, sondern es wird nur gleichsam aus dem Rechte entlehnt, wie Papinian selbst dabey anmerkt[80]), und Retes[81]) und Cuper[82]) sehr gelehrt erläutert haben. Ich werde hiervon beym §. 181. noch ausführlicher handeln. Uebrigens unterscheide man vom Besitz das Recht zu besitzen, (ius

75) Daher sagt Paulus *L. 41. D. de acquir. vel amitt. possess.* Qui *iure familiaritatis* amici fundum ingreditur, non videtur possidere: *quia non eo animo ingressus est, ut possideat,* licet corpore in fundo sit.

76) *L. 1. §. 3. et 4. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 19. D. ex quib. caus. maior.*

77) Controv. iuris lib II. cap. 18. sqq. et lib. XII. cap. 29.

78) Ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. 21. Thes. 1. litt. E.

79) *L. 49. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.*

80) *L 49. princ. D. eod.*

81) in Praelect. ad Tit. D. de acq. vel amitt. possess. P. I. cap 2. §. 1. 2. 3.

82) Observat. select. de natura possessionis P. I. Cap. 5.

(ius habendi rei alicuius possessionem); denn dies kann man haben, wenn man auch noch nicht im Besitz ist, oder wenn man aus seinem Besitz vertrieben worden ist[83]).

§. 180.

Was ist natürlicher und was ist bürgerlicher Besitz nach dem Sprachgebrauch der römischen Rechtsgelehrten?

Der Besitz wird nun in unsern Gesetzen in den natürlichen und bürgerlichen (possessio naturalis et civilis) eingetheilt. Eine Eintheilung, die zwar von den wichtigsten Folgen ist, bey deren Erklärung aber doch die Ideen der Rechtsausleger so abweichend von einander sind, daß diese Lehre eine der schwersten und subtilsten in dem System unsers Civilrechts ist. Unser Verfasser sieht bey Bestimmung des Unterschiedes zwischen natürlichen und bürgerlichen Besitz blos auf die Absicht des Besitzers, und versteht unter dem letztern einen solchen Besitz, bey welchem man die Absicht hat, die Sache als die seinige zu besitzen; unter dem erstern aber denjenigen, bey welchem diese Absicht nicht Statt findet. Nach dieser Vorstellungsart wird auch einem unredlichen Besitzer, der keinen hinlänglichen Rechtstitel für sich hat, ein Civilbesitz eingeräumt[84]). Andere[85]) hingegen schreiben dem letztern blos einen

83) *L. 17. pr. D. de acquir. vel amitt. possess.*

84) S. auch Nettelbladts System. element. iurisprud. posit. Germanor. commun. §. 508. und Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts 4. Th. S. 254.

85) CUJACIUS lib. IX. Observat. cap. 33. Lib. XVIII. cap. 24. lib. XXVII. c. 7. PACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. 21. Th. 1. litt. F. MERENDA in Controv. iur. civ. lib. XII. c. 15

einen natürlichen Besitz zu. Diese nennen einen **Civilbesitz** nur denjenigen, welcher mit der gerechten Meinung, daß man Eigenthümer der Sache sey, verbunden ist, und welcher daher auf einem solchen Rechtsgrunde beruhet, wodurch man das Eigenthum der Sache erwerben kann. Unter einem **natürlichen Besitz** hingegen verstehen sie diejenige Possession, *quae caret iusto affectu aut iure dominii.* Einen solchen Besitz haben nach dieser Lehrart a) diejenigen, bey welchen, wenn sie gleich die Sache rechtmäßig besitzen, doch der animus oder affectus dominii fehlt. Dahin gehören Pächter, Miethsleute, Entlehner, Depositare, Nutznieser, Pfandgläubiger u. s. m. b) Besitzen auch diejenigen nur *naturaliter*, welche zwar animum dominii haben, bey denen aber doch diese Absicht von den Gesetzen nicht gebilliget, und daher ohne rechtliche Wirkung ist; sie mögen nun diesen Besitz entweder mit Willen des Eigenthümers, allein nicht ex causa iusta erhalten haben, wie z. B. ein Sohn die ihm vom Vater, und eine Ehefrau die ihr vom Manne geschenkten Sachen; oder wider den Willen des Eigenthümers, wie malae fidei possessores, welche animo dominii iniusto eine Sache besitzen[86]. Allein Cuper[87]) und diejenigen, welche nach ihm über diese Lehre critische Untersuchungen angestellt haben, besonders Spangenberg[88]), Fleck

RAMOS *del* MANZANO in cit. Recitat. ad Tit. D. de acquir. vel amitt. possess. P. I. §. 17. GALVANUS de Usufructu Cap. XXXIII. nr. X. sq. pag. 475. sqq. VINNIUS in select. iuris Quaestionib. lib. II. cap. 36. HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. II. §. 759. et 760. u. a. m.

86) HOFACKER cit. loc. §. 760.

87) Select. Observat. de natura Poss. Cap. III.

88) In dem anges. Versuch 1. Th. §. 117. ff. S. 176. ff.

Fleck[89]) und Höpfner[90]), haben aus der Vergleichung der verschiedenen Stellen des Röm. Gesetzbuches, wo dieser Eintheilung Erwähnung geschieht, überzeugend dargethan, daß die Röm. Juristen mit den Benennungen *possessio naturalis* und *civilis* nicht allemahl dieselben Begriffe verbinden, und daß daher der Schwierigkeit nicht anders abgeholfen werden könne, als wenn man diese verschiedenen Bedeutungen von einander unterscheidet. Soviel also

I) den Ausdruck *naturalis possessio* anbetrift, so hat derselbe in der Sprache unserer Gesetze vorzüglich dreyerley Bedeutungen:

1) heißt **natürlicher Besitz** die bloße körperliche Detention einer Sache entweder für sich, oder insofern diese die Grundlage der eigentlichen Possession im Sinne des Civilrechts ausmacht, und als Bestandtheil derselben unterschieden werden kann. In dieser Bedeutung nimmt es Paulus[91]), wenn er sagt: possessio *naturaliter* tenetur ab eo, qui ei insistit. Eben dieser Jurist sagt ferner[92]): solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedat *naturalis possessio*, d. i. wenn ich mir nicht vor allen Dingen die physische Detention der Sache, oder das physische Vermögen, über die Sache disponiren zu können,

89) Hermenevt. Tit. Pandectar. de acquir. vel amitt. possess. Specim. I. *de principiis possessionis, quae a iuris fictionibus proficiscuntur*. Cap. II. pag. 9. sqq.

90) Commentar über die Institutionen. §. 282. S. 268. der neuesten Ausgabe.

91) *L. 1. pr. D. de acquir. vel amitt. poss.*

92) *L. 3. §. 3. D. eodem.*

nen, zu verschaffen suche. In dieser Bedeutung sagen auch die Gesetze von demjenigen, der eine Sache civiliter besitzt, daß er auch den natürlichen Besitz habe, so lange die Sache in seiner Gewahrsam ist. Paulus [93]) bestätigt dieses deutlich, wenn er sagt: Res mobiles, excepto homine [94]), quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, *quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.* Hierher gehört auch noch, wenn Marcian [95]) sagt: Alienare pupillus nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore, et *ne quidem possessionem*, quae est *naturalis*.

2) Ist

93) *L.* 3. §. 13. *D. de A. vel A. P.*

94) Die Worte *excepto homine* zielen auf Sklaven, welche davon laufen. Von diesen bleibt der Besitz dem Herrn dennoch. Der Grund der Ausnahme mag seyn, weil ein Sklave den Besitz von keiner Sache dem Herrn durch Diebstahl entziehen kann. *L.* 15. *D. de A. v. A. P.* Aus diesem Grunde schloß man, daß er auch den Besitz von sich selbst dem Herrn durch die Flucht nicht entziehen könne. Man betrachtete die Flucht des Sklaven gleichsam als ein furtum sui ipsius. *L.* 60. *D. de furtis. L.* 12. *Cod. eod. L.* 1. *Cod. de Serv. Fugitiv.* Conf. FINESTRES in *Hermogeniani* iuris Epitomar. lib. V. pag. 856. sqq.

95) *L.* 11. *D. de Acquir. Rer. Domin.* Aus den nachfolgenden Worten dieser Gesetzstelle: *ut* SABINIANIS *visum est; quae sententia vera est*, läßt sich schließen, daß hierüber unter den römischen Rechtsgelehrten gestritten worden sey. Es scheint auch Ulpian in *L.* 29. *D. de Acq. vel Amitt. possess.* ganz anderer Meinung zu seyn. Denn dieser stellt den Satz auf: *Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse: non ut* ANIMO, *sed ut* CORPORE *desinat possidere. Quod est enim* FACTI, *potest amittere.* Ueber die Vereinigung dieser beyden Stellen ist viel geschrieben worden. Man sehe Cujaz in

Com-

2) Ist natürlicher Besitz ein solcher, der auf den Namen eines Andern ausgeübt wird, und bey welchem also der Besitzer die Absicht nicht hat, die Sache als die seinige zu behalten, auch der Natur der Sache nach nicht haben kann. In dieser Bedeutung sagen die Gesetze von Nutzniesern, Pächtern, Depositaren, Commodataren und precarischen Besitzern, quod *naturaliter* possideant[96]). Endlich

3) heißt *possessio naturalis* eine solche Detention, welche zwar mit der Absicht, die Sache als die seinige zu behalten, verbunden ist, aber unter Umständen, wo die Civilgesetze diese Absicht verwerfen. Dahin gehört a) wenn der Besitzer seiner persönlichen Verhältnisse wegen keines Eigenthums fähig ist. So konnte z. B. ein Sklave bey den Rö-

Comment. ad L. 29. D. cit. (*T. VIII. Oper.*) LOPEZ DE MADERA in Animadversion. iur. civ. cap. 27. *Hieron. de* OROZ de Apicib. iur. Civ. lib. IV. cap. V. §. 12. et 14. et Cap. XI. §. 6. MERENDA Contiov. Iuris Lib. XII. Cap. 14. 25. et 29. GALVANUS de Usufructu Cap. XXXIII. §. 14. Sollte eine Vereinigung Statt finden können, so scheint mir die Meinung des Herrn Prof. Westphals im System des R. R. über die Arten der Sachen rc. §. 199. die natürlichste zu seyn, daß L. 11. von der Aufgebung des Besitzes, die freylich von dem Pupillen allein, ohne Einwilligung des Vormunds, nicht gültig geschehen kann, L. 29. aber von der Entsetzung oder einem solchen Verlust des Besitzes, welcher ohne unsern Willen, wegen eintretender äussern Umstände verursacht wird, zu verstehen sey.

96) *L. 12. pr. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 49. pr. D. eodem. L. 7. §. 11. D. Communi divid. L. 2. §. 1. D. pro herede. L. ult. §. 1. D. de precario.*

Römern nur naturaliter besitzen [97]). b) Wenn der Grund des Besitzes von den Civilgesetzen verworfen ist. So besitzt ein Ehegatte die ihm von dem andern geschenkte Sache bey Lebzeiten des Schenkenden nur naturaliter [98]), weil Schenkungen unter Ehegatten nicht gelten, so lange der schenkende Ehegatte lebt [99]). c) Wenn die Sache an sich nicht im Commerz, d. i. keines Privateigenthums fähig ist. Daher kann man freye Menschen nicht anders als naturaliter besitzen [100]). Bey dieser so verschiedenen Bedeutung der *possessionis naturalis* muß also jederzeit aus dem Zusammenhange der einzelnen Gesetzstellen beurtheilet werden, in welchem Sinne diese Benennung zu nehmen sey. Eben so verschieden ist nun auch

II) Die Bedeutung von *possessio civilis* in unsern Gesetzen. Die Römischen Juristen verstehen darunter

1) die wirkliche Detention einer Sache, welche mit der Absicht, dieselbe für sich zu behalten, verbunden ist, jedoch als verschieden von der Proprietät betrachtet wird. Also was man *possessio* im eigenthümlichen Sinne des Civilrechts nennt. Denn bürgerlich nannten die Röm. Juristen vorzüglich dasjenige, was mit dem Civilrechte übereinstimmt, oder

97) *L.* 38. *§.* 7. *et* 8. *D. de Verb. Obligat. L.* 24. *D. de Acq. vel. Amitt. Possess.*

98) *L.* 26. *princ. D. de donat. inter. Vir. et Vx. L.* 46. *D. eodem. L.* 1. *§.* 4. *L.* 16. *D. de acquir. vel amitt. poss. L.* 13. *§.* 1. *D. de heredit. petit.*

99) *L.* 1. *L.* 32. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

100) *L.* 23. *§.* 2. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

oder einen eigenthümlichen Sinn nach der Sprache der Gesetze hat[1]).

2) Heißt *possessio civilis* die körperliche Detention einer Sache, mit welcher nicht nur die Absicht, die Sache als die seinige zu behalten, verbunden ist, sondern die auch in den Gesetzen als ein solcher rechtlicher Besitz angesehen wird, daß dabey jene Absicht, sich die Sache als Eigenthümer anzumaßen, Statt finden kann. Einen solchen Civilbesitz hat der wahre Eigenthümer, ferner der bonae fidei possessor, der eine des Privateigenthums fähige Sache durch einen zur Usucapion geeigenschafteten Titel an sich gebracht hat. Dahingegen sagen die Gesetze, daß ein Sklave nicht *civiliter* besitzen könne[2]), auch besitze eine Ehefrau nach dem Civilrechte die ihr von ihrem Ehemanne geschenkte Sache nicht[3]); weil die Gesetze in beyden Fällen die Absicht des Besitzers, die Sache als die seinige zu behalten, nicht gelten lassen. Endlich

3) wird unter *possessio civilis* ein solches Rechtsverhältniß verstanden, wo zwar die factischen Erfordernisse und Bestandtheile eines eigentlichen Besitzes fehlen, aber von den Gesetzen angenommen wird, man habe die Absicht, die Sache zu besitzen, und die Sache selbst in seiner Gewalt. So besitzt ein Herr oder Vater dasjenige civiliter, was sein

1) BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Civilis*. CUPERUS de natura possessionis Cap. III. pag. 28. sqq.

2) *L. 38. §. 7. D. de verb. obligat. L. 24. D. de acquir. vel amitt. possess.*

3) *L. 26. pr. D. de donat. inter vir. et uxor.*

sein Sklave oder sein filiusfamilias in Rücksicht auf sein Peculium (peculiari nomine) erworben hat [4]).

Nach diesen verschiedenen Bedeutungen kann nun entweder der natürliche und bürgerliche Besitz in einem Subject vereiniget seyn, oder verschiedenen Personen zustehen. Es erhellet ferner hieraus, daß diejenigen irren, welche einen Civilbesitz blos denjenigen nennen wollen, der auf einem erwerbfähigen Titel beruhet, und zur Verjährung geeigenschaftet ist, wie Cuper [5]) einleuchtend gezeigt hat.

§. 181.

In wiefern ist die Possession *iuris?* Eigentlicher Sinn der Stelle Papinians in *L. 49. pr. et §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.* Was sind Wirkungen oder Rechte des Besitzes? Warum ist der Besitz kein dingliches Recht? Erläuterung der *L. un. Cod. de alienat. iud. mut. causa facta.*

Ich sagte in dem §. 179. daß der Besitz zwar seiner Natur nach eigentlich blos factisch sey, aber doch auch viel von der Natur des Rechts annehme, oder, wie sich eigentlich Papinian [6]) ausdruckt, viel aus dem Rechte entlehne, und daher in dieser Rücksicht, nicht nur, wie eben dieser römische Jurist [7]) sagt, *corporis*, factisch, sondern auch *iuris*, rechtlich sey. Es fragt sich nun, wie dieses eigentlich zu verstehen sey? Die Ausleger des Civilrechts

4) *L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. et L. 44. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.*

5) De natura possessionis P. I. Cap. III. pag. 34. sqq.

6) *L. 49. pr. D. de acq. vel. amitt. possess.*

7) *L. 49. §. 1. D. eodem.*

rechts ſind darin mit einander einverſtanden, daß ſich dieſes auf die rechtlichen Wirkungen beziehe, welche die bürgerlichen Geſetze dem Poſſeſſions Factum beylegen[8]). Es kann auch dieſes im Allgemeinen nicht geläugnet werden. Nur darf man nicht glauben, als ob der Beſitz darum allein rechtlich ſey, weil der Beſitzer um des Beſitzes willen viele Rechte und Vortheile zu genießen hat, ſondern weil die bürgerlichen Geſetze in vielen Fällen Jemand für den Beſitzer halten, und ihm die Rechte und Wirkungen des Beſitzes mittheilen, ob er gleich die phyſiſche Detention der Sache nicht hat, und im Gegentheil dieſe rechtlichen Wirkungen zuweilen einem Beſitzer entziehen, ob er gleich die Sache mit der Abſicht, dieſelbe als die ſeinige zu behalten, körperlich inne hat. Daß dies die Meinung des Papinians ſey, erhellet aus den angeführten Stellen ganz deutlich. In der erſtern ſagt nämlich dieſer Juriſt: Poſſeſſio quoque per ſervum, cuius uſusfructus meus eſt, ex re mea, vel ex operis ſervi adquiritur mihi: cum et naturaliter a fructuario teneatur, et *plurimum ex iure poſſeſſio mutuetur.* Durch einen Sklaven, von welchem man den Nießbrauch hat, kann man den Beſitz erwerben, wenn die Erwerbung aus unſerm Vermögen herrührt, oder allein durch die Dienſte des Sklaven geſchiehet. Zwar hat der Sklave die Sache phyſiſch in ſeiner Gewalt, zu einem

 eigent-

8) Vid. CUJACIUS ad Lib. II. Definit. *Papiniani* ad L. 49. princ. et §. 1. D. h. t. ad Lib. III. Quaeſtion. *Papiniani* ad L. 19. D. Ex quib. cauſ. major. *Operum Tom. IV.* BICCIUS de poſſeſſione duorum Quaeſt. II. pag. 91. ſqq. aliique ibi laudati; *Ioſ. Fernand. de* RETES in Praelect. ad Tit. D. de acq. vel amitt. poſſ. P. I. Cap. V. §. 1. et HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. P. I. Lib. III. Sect. II. §. 756.

eigentlichen Besitze aber wird, ausser der Absicht zu besitzen, auch die körperliche Detention der Sache erfordert. Allein die Gesetze nehmen hier vermöge einer Fiction an, daß derjenige, welcher den Sklaven mit der Absicht, durch ihn wieder andere Dinge in seiner Gewalt zu behaupten, körperlich besitzt, zugleich auch diejenigen Sachen körperlich detinire, welche der Sklave in Händen hat. Dies ist der Sinn des in unserer Stelle[9]) angeführten ersten Entscheidungsgrundes: quod *naturaliter* a fructuario (servus) teneatur. Es schadet nichts, daß der Usufructuar nur den natürlichen Besitz des Sklavens hat, denn besitzt er gleich den Sklaven selbst auf eines Andern Namen, so folgt doch daraus nicht, daß er nun auch die ihm von demselben erworbenen Sachen auf fremden Namen besitzen müßte, und nicht animum sibi possidendi haben könnte. Denn das ist ja eine Sache, die in facto beruhet[10]). Ueberdem aber war auch eben dieses bey Bestellung des Nießbrauchs zwischen dem Usufructuar und Proprietar ausdrücklich festgesetzt worden, daß der erstere allen Gewinn haben solle, den der Sklave durch seine Dienste, oder aus dem Vermögen des Usufructuars erwerben würde[11]). Indessen sahe Papinian wohl ein, daß der angeführte Entscheidungsgrund nicht ganz durchgreife, und daher für sich allein nicht hinreichend seyn werde. Besonders blieb es immer noch ein Räthsel, wie der Usufructuar sogar ohne sein Wissen durch den Sklaven Besitz erlangen könne, wenn er ihm dasjenige, was derselbe

9) *L. 47. D. de acquir. vel amitt. possess.*

10) *L. 1. §. 4. L. 17. §. 1. D. de Acquir. Possess.*

11) *L. 10. §. 3. D. de acquir. rer. dominio.*

selbe ex re fructuarii vel operis suis erwarb, als ein peculium eingegeben hatte [12]), weil man doch hier weder affectum tenendi, noch unmittelbare physische Detention annehmen konnte, welche doch eigentlich zu dergleichen Erwerb nöthig waren [13]). Um also diesen Schwierigkeiten abzuhelfen, fügt Papinian noch einen andern Grund hinzu, nämlich den: Quod et plurimum ex *iure* possessio mutuetur, und will damit soviel sagen: es sey eben nicht nöthig, gar zu ängstlich nachzuforschen, ob auch der Usufructuar wirklich die factischen Besitz-Erfordernisse habe. Denn auch ohne diese können ihn die Gesetze für einen Besitzer halten, und ihm die Rechte desselben mittheilen, so wie im Gegentheil die Gesetze zuweilen Einem die rechtlichen Wirkungen des Besitzes entziehen, und ihn für einen Nicht-Besitzer halten, wenn gleich übrigens alle Erfordernisse der Possessionshandlung vorhanden sind. Denn überhaupt haben die Gesetze dem Besitz vieles von der Natur der Rechte beygemischt [14]).

Das andere Fragment des Papinians, welches jedoch nicht so schwer zu erklären ist, lautet folgendermaßen: Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem *tenere* possunt, *habere*, *possidere* non possunt: *quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est.* Der Sinn dieser Stelle ist folgender: Ein Sklave oder filiusfamilias kann das ihm eingeräumte Peculium zwar körperlich detiniren, aber solches nicht *civiliter*, d. i. auf eigenen Namen, besitzen, (*habe-*

12) *L.* 1. §. 5. *D. de A. v. A. P. L.* 34. §. 2. *D. eodem. L.* 44. §. 1. *D. eodem. L.* 7. §. 8. *D. pro emtore.*

13) *L.* 3. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. possess.*

14) Cuper Cap. V. pag. 55.

(*habere, possidere*). Denn Cajus [15]) sagt ganz allgemein: Ipse, qui in alterius potestate est, *nihil suum habere potest* [16]). Käme es freylich bey einem Besitze nur allein auf körperliche Detention und animum sibi habendi an; wäre der Besitz, wie Scävola [17]) sagt, nur facti et animi, so müßte man nothwendig den Sklaven und filiisfamilias eine potestatem habendi, possidendi zugestehen. Denn wer will es läugnen, daß sie eine Neigung, etwas für sich selbst zu haben, in sich fühlen können? Allein der Besitz ist nicht blos factisch (*corporis*), d. i. er muß nicht blos nach seinen factischen Erfordernissen und Bestandtheilen beurtheilt werden, sondern er ist auch rechtlich (iuris est), d. i. man muß auch darauf sehen, was der Besitz für Modificationen vom Rechte leidet, und ob ihm nicht nach bürgerlichen Gesetzen die rechtliche Wirkung entzogen ist. Dies ist nun der Fall bey denen, die ein peculium profectitium besitzen. Bey solchen Personen achten die bürgerlichen Gesetze auf ihre eigene Absicht (voluntatem sibi habendi) nicht, sondern verwerfen vielmehr dieselbe.

Aus dem, was wir bisher zur Erläuterung des Papinians gesagt haben, läßt sich nun leicht bestimmen, in wiefern der Besitz facti oder iuris ist. Cuper [18]) giebt hiervon folgende Regeln: 1) Der Besitz ist factisch, so oft derjenige vor Gericht als Besitzer angesehen

15) *L. 10. §. 1. D. de acquir. rer. dominio.*

16) Nach dem neuern römischen Rechte gilt jedoch dieser Satz bey den filiisfamilias nur von ihrem peculio profectitio.

17) *L. 1. §. 15. D. Si is, qui testam. liber esse iussus erit.*

18) in Observat. selectis de natura possessionis, P. I. Cap. V. pag. 57.

sehen wird, welcher die Sache mit dem Willen, sie für sich zu behalten, körperlich detinirt; oder wenn derjenige nicht als Besitzer gilt, welcher entweder die Sache nicht physisch detinirt, oder wenigstens nicht *animum possidendi* hat. 2) Rechtlich hingegen ist der Besitz, so oft Jemand vor Gericht durch Fiction für den Besitzer gehalten wird, der entweder die Sache physisch nicht besitzt, oder die Absicht, sie für sich zu behalten, nicht hat; oder wenn derjenige nicht für den Besitzer gilt, welcher wirklich sowohl die physische Detention der Sache, als auch den *animum possidendi* hat. Das heißt also mit andern Worten soviel: Der Besitz besteht *in facto*, insofern derjenige für den Besitzer gehalten wird, welcher die wesentlichen Besitzerfordernisse für sich hat; oder derjenige nicht als Besitzer angesehen wird, bey dem diese Erfordernisse mangeln. *In iure* besteht hingegen der Besitz, insofern die Gesetze vermöge ihrer Machtvollkommenheit gleichsam die fehlenden natürlichen Erfordernisse des Besitzes ergänzen, oder deren Nichtseyn fingiren, wo sie doch wirklich nicht mangeln.

Die Gründe, aus welchen die römischen Gesetze sich mit der wahren factischen Beschaffenheit des Besitzes nicht begnügten, sondern demselben so vieles rechtsartige beygemischt haben, sind verschieden. Cuper [19]) giebt dreyerley Gründe an, und leitet hieraus alle die rechtlichen Eigenschaften her, die dem Besitz in dem römischen Rechte beygelegt werden.

19) In den angef. Observat. selectis de natura possessionis P. I. Cap. VI. pag. 62 — 76.

I) Der erste Grund ist das gemeine Beste. Der bürgerliche Gesetzgeber gründet zwar seine Gesetze auf die ewige und unveränderliche Natur der Dinge, aber er nimmt auch zugleich Rücksicht auf das besondere Wohl seines Staats, und dessen Bürger. In dieser Absicht fingirt er zuweilen das Daseyn einer nicht existirenden Sache, oder auch die Nichtexistenz einer wirklich vorhandenen Sache. Dabey sieht er nicht sowohl auf Wahrheit, als auf gemeine Wohlfahrt. Diese Maxime haben nun die röm. Gesetzgeber, so wie in vielen Rechtsmaterien, also auch insonderheit in der Lehre vom Besitz befolgt, indem sie dem Besitze manche rechtliche Eigenschaften blos um des gemeinen Bestens willen beygelegt haben, welche der eigentlichen Beschaffenheit des Besitzes nicht angemessen sind[20]). Wir wollen nur folgende hier anführen. Dahin gehört,

1) daß eine Gemeinheit durch einen öffentlichen Sklaven, oder durch einen gemeinschaftlichen Verwalter einen Besitz haben und erlangen kann[21]).

2) Daß ein Kind, dem die Gesetze übrigens die zur eigenen Besitznehmung erforderliche Gemüthsfähigkeit abspre-

20) Die Gesetze bezeichnen diesen politischen Grund mit den Ausdrücken: *Utilitatis causa receptum est; utilitate suadente relictum est; consultius videtur; tam ratione utilitatis, quam iurisprudentia receptum est.* L. 32. §. 2. D. *de acquir. vel amitt. possess.* L. 44. §. 1. D. *eod.* L. 44. §. 6. D. *de Usurpat. et usucap.* L. 3. Cod. *de acquir. et retin. possess.* L. 1. C. *eodem.*

21) L. 1. §. 22. *et* L. 2. D. *de acquir. possess.* Add. ULPIANUS *Fragm. Tit. XXII.* §. 5. et ad Eundem *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 634. not. 9.

sprechen, dennoch gültig besitzen kann, wenn der Vormund für dasselbe den Besitz ergriffen hat[22]); und daß auch Pupillen und Minderjährige ohne ihr Wissen und Willen durch ihre Tutoren und Curatoren einen Besitz erwerben können, wenn letztere nämlich die Sache absichtlich auf den Namen der erstern ergriffen haben[23]).

3) Daß derjenige, welcher den Besitz mit Vernunft und Bewußtseyn ergriffen hat, wenn er auch nachher den Verstand verliert, dennoch den erworbenen Besitz auch im Zustande der Sinnlosigkeit fortsetzen, und usucapiren kann[24]).

4) Daß der Schuldner, welcher eine Sache zum Unterpfand gegeben, in Rücksicht auf Usucapion noch für den Besitzer gehalten wird[25]).

5) Daß man durch einen Gevollmächtigten den Besitz auch ohne sein Wissen erlangen kann[26]). Das heißt: wenn mein Anwald dem Auftrage gemäß sich hat die Sache übergeben lassen, so erhalte ich hierdurch den Besitz, wenn ich auch gleich von der nun wirklich geschehenen Uebergabe noch wei-

22) *L. 32. §. 2. D. de Acquir. vel Amit. Possess.*

23) *L. 1. §. 20. D. de acquir. vel amitt. poss.*

24) *L. 4. §. 3. et L. 44. §. 6. D. de Usurpat. et. Usucap. L. 27. D. de acquir. vel amitt. poss.* In den beyden ersten Stellen wird gesagt, es sey dieses *utilitate suadente* angenommen worden; allein in der letztern Stelle wird noch der Grund angeführt: *quia furiosus non potest desinere animo possidere.*

25) *L. 1. §. 15. L. 36. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 16. L. 33. §. 4. D. de usurpat. et Usucap.*

26) *L. 34. §. 1. L. 42. §. 1. L. 49. §. 2. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 1. C. de acquir. et retin. possess. Conf.* Westphal in dem angef. System §. 131. und §. 141.

weiter nichts erfahren habe. Desgleichen wenn ich Jemandem nur die Abschliessung eines Kaufs übertragen, wegen der Besitznehmung hingegen und Uebergabe ihm nichts ausdrücklich gesagt habe, mein Anwald aber dennoch ohne meinen besondern Auftrag sich den Besitz der gekauften Sache hat eingeben lassen, so erhalte ich doch dadurch den Besitz auch ohne mein Wissen.

6) Daß ein Herr oder Vater von demjenigen, was desselben Sklave oder filiusfamilias mit dem ihm anvertraueten Peculium erworben hat, auch ohne seine Wissenschaft Besitzer wird[27]).

7) Daß zur Uebertragung des Besitzes nicht nöthig ist, durch körperliche Berührung der Sache den Besitz zu ergreifen, sondern die Uebergabe auch *longa manu*, oder *per Symbola* geschehen könne[28]).

8) Daß derjenige, welcher der sichern Verwahrung wegen Geld in die Erde vergraben, und solches nachher nicht

27) *L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 44. §. 1. D. de acq. vel amitt. possess.* Man vergleiche hier vorzüglich *Anton.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. XI. Princip. VIII. Illat. 26. pag. 636.

28) *L. 1. §. 21. L. 18. §. 2. et L. 51. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 79. D. de Solutionib. L. 74. D. de Contrah. Emt. L. 9. §. 6. D. de Acquir. rer. domin.* In der erstern Stelle heißt es: Non est enim *corpore et actu* necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. Statt *corpore et actu* ist mit GROTIUS in Florum sparsione ad Ius Iustinian. h. L. und NOODT Probabil. lib. II. cap. 6. *corpore et tactu* zu lesen, welche Emendation auch die Uebersetzung der Griechen bey MEERMANN in Thes. Iur. Civ. et Canon. Tom. V. pag. 43. bestätiget.

nicht wieder finden kann, weil er den eigentlichen Ort vergessen, wo er dasselbe hinvergraben hatte, hierdurch das Possessionsrecht nicht verliert, solange nämlich noch kein Anderer Besitz davon ergriffen hat[29].

Mehrere hierher gehörige Fälle findet man bey Cuper[30].

II) Ein anderer Grund, aus welchem die römischen Gesetzgeber dem Besitze so vieles Rechtliche beygemischt haben, liegt in dem Zusammenhange der einzelnen Sätze dieser Materie mit andern, die damit verwandt sind. Denn darinn besteht eine vorzügliche Pflicht der Gesetzgebung, überall auf Analogie des Rechts zu sehen, damit jede Rechtsmaterie auch mit andern, mit welchen sie gewissermaßen verwandt ist, genau und auf die gehörige Art zusammenhänge. Insonderheit aber müssen die allgemeinen Rechtsprincipien so viel möglich bey Kräften bleiben. Um nun diese Analogie auch in der

29) *L. 44. pr. D. de acquir. vel amitt. possess.* Merkwürdig ist in dieser Stelle das Wort *immemoria* Vergessenheit. SCIPIO GENTILIS Parergor. lib. I. cap. 6. behauptet, daß Papinian der einzige sey, der dieses Wort gebraucht habe. Hr. Prof. Westphal a. a. O. §. 164. will jedoch lieber *in memoria* lesen. Das Gesetz selbst ist unstreitig eine Ausnahme jener allgemeinen Regel, welche Pomponius L. 25. *pr. D. eodem* folgendermaßen vorträgt: Si id, quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere. Die Gründe hiervon entwickelt sehr gut Westphal a. a. O. Man sehe auch Spangenberg im angef. Versuch §. 78. Not. p. S. 123. f.

30) Cap. VI. pag. 63. sqq.

der Lehre vom Besitz u erhalten, so haben sich die römischen Gesetzgeber manch Fiction erlauben, und der Possession manche rechtliche Egenschaft beylegen müssen. Daher ist zu erklären,

a) warum man Sa;en, die ganz dem menschlichen Verkehr entzogen sind, z. B. einen geheiligten Ort, eben so wenig, als einen freye. Menschen, im Besitz haben könne [31].

b) Warum ein Ehegat. die ihm von dem andern Ehegatten geschenkte Sache nicht civiliter, sondern nur naturaliter und pro possessore besitze [32]. Denn Schenkungen unter Ehegatten sind ungültig, und bis an den Tod des Schenkenden widerruflich.

c) Warum eine Person, die noch unter väterlicher Gewalt stehet, nur in so weit einen bürgerlichen Besitz haben könne, als sie ein Eigenthum zu erwerben fähig ist. Z. B. wenn ein Sohn Soldat ist, so kommt ihm wegen seines peculii castrensis die Verjährung zu statten. Denn er hat einen Civilbesitz [33]. Allein das peculium profectitium

31) *L. 30. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.*

32) *L. 16. D. de acq. vel amitt. possess. L. 26. pr. et L. 46. de donat. inter Vir. et Uxor. L. 1. §. 9. et 10. D. de Vi et Vi armata.* Die beyden angeführten ersten Gesetzstellen hat Westphal in dem System §. 48. und 49. die *L. 49. D. de donat inter V. et U.* aber CUPERUS in Observat cit. P. II. Cap. 8. sehr schön erklärt. Jedoch scheint die L. 1. §. 4. D. de acq. vel amitt. poss. entgegen zu stehen. S. *Ger.* NOODT in Comm. ad Tit. de donat. inter vir. et uxor. und Cujaz in Comment. ad cit. L. 1. §. 4. de acq. poss. Tom. VIII. *Oper.*

33) *L. 4. §. 1. D. de Usurpat. et Usucap.* Die Worte filiusfamilias et maxime miles etc. haben den Ausleger[n]

tium beſitzt der filiusfamilias nur naturaliter, und der Nutzen der Uſucapion gehört daher für den Vater [34]).

d) Warum man durch einen freyen Menſchen, den man aus Irrthum für ſeinen unter väterlicher Gewalt ſtehenden Sohn hält, weder Beſitz noch Eigenthum erwirbt [35]). Denn über einen Sohn, welchen man unter ſeiner väterlichen Gewalt hat, übt man keinen ſolchen Beſitz aus, wie über einen Sklaven. Die wahre väterliche Gewalt, welche den Vater zur Erwerbung berechtiget, fehlt auch. Alſo iſt gar kein Grund der Erwerbung vorhanden [36]).

e) Warum der Gläubiger durch einen Sklaven, der ihm vom Schuldner zum handhabenden Pfande gegeben worden, keinen Beſitz erwarb [37]). Auch dieſer Satz iſt Folge der Rechtsanalogie. Denn der Gläubiger ſoll ja von dem Pfande weiter keinen Nutzen, ſondern blos Sicherheit haben.

f) War-

gern Schwierigkeiten gemacht. Man vergleiche CUJACIUS in Commentar. ad Tit. de Uſurpat. et Uſuc. *Oper. Tom. I.* BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. II. Diſp. XXII. Th. 2. lit. B. *de* RETES in Praelect. ad Tit. Pand. de acq. poſſeſſ. P. I. Cap. V. Sect. III. BYNKERSHOECK Obſervat. Iur. Rom. lib. VII. cap. XXII. und Weſtphal im Syſtem §. 517.

34) *L.* 49. §. 1. *D. de acquir. poſſeſſ.* Siehe oben S. 567. und 568. Adde *L.* 38. *§.* 7 *D. de Verbor. Obligat. L.* 2. *§.* 2. *D. pro herede et L.* 93 *D. de Reg. Iuris.*

35) *L.* 50. *pr. D. de Acq. Poſſeſſ. L.* 44. *princ. D. de Uſurp. et Uſucap.*

36) S. Weſtphal im angef. Syſtem §. 155. S. 147.

37) *L.* 1. §. 15. *D. de Acquir. Poſſeſſ.*

f) Warum ein Blödsinniger gar nicht, ein Pupill aber nicht ohne Einwilligung des Vormunds den Besitz aufgeben könne[38]). Denn hierzu wird Freyheit des Willens erfordert. Allein ein verstandloser Mensch hat gar keinen Willen[39]). Ein Mündel aber kann wenigstens in solchen Sachen, woraus ihm Schaden erwachsen kann, und wozu Ueberlegung gehört, nichts ohne Einwilligung des Vormunds für sich rechtlich wollen[40]).

g) Warum die blose Absicht, ein zur Verwahrung erhaltenes Gut abzuläugnen, und solches zu entwenden, dem Deponenten den Besitz nicht entziehe, so lange sich der Depositar noch nicht wirklich daran vergriffen hat[41]), (si

38) *L.* 27. *et* 29. *D. eodem* juncta *L.* 11. *D. de Acquir. rer. Domin.* Vortreflich erklärt diese Stelle Cuper in den angeführten Observation. P. II. cap. 37. et 38.

39) *L.* 40. *L.* 124. §. 1. *D. de Reg. Iur. L.* 2. §. 3. *D. de Iure Codicillor.*

40) *L.* 5. *L.* 189. *D. de Reg. Iuris, L.* 9. *D. de acquir. vel omitt. heredit.*

41) *L.* 3. §. 18. *D. de acquir. vel amitt. possess.* Westphal in dem öfters angef. System des R. R. über die Arten der Sachen etc. §. 191. will unter der Contrectation des Depositums eine Veräusserung desselben verstehen. Allein das Wort CONTRECTARE, oder wie die Alten auch sagten, ATTRECTARE, heißt soviel als *manibus tractare, et tangere,* wie es *Ios.* AVERANIUS Interpretat. Iuris Lib. I. cap. XXVIII. n. 14. erklärt, welcher überhaupt die *L.* 3. §. 18. *cit.* vortreflich erläutert. Paulus selbst erklärt sich hierüber schon deutlich genug, wenn er sagt: *Sed si eam loco non moveris.* Eben so erklärt auch Justinian diesen Ausdruck in §. 6. *I. de obligat. quae ex delicto.* Man sehe nach *B.* BRISSONIUS

(si non contrectaveris). Diesen Satz bringt die Natur des Diebstahls mit sich, weil ohne thätige Vergreifung (sine contrectatione) kein Diebstahl denkbar ist[42].

Endlich

III) ein dritter Grund, aus welchem die Gesetze dem Besitz auch manche Eigenschaften des Rechts beygelegt haben, bestehet darin, damit kein Widerspruch, keine Ungereimtheit unter den einzelnen Sätzen, die zu dieser Materie gehören, entstehe. Denn es ist Pflicht der Gesetzgebung, nicht nur auf Zusammenhang einzelner Rechtsmaterien mit der ganzen Rechtsdisciplin zu sehen, sondern es darf auch innere Analogie unter den einzelnen Sätzen einerley Materie nicht fehlen. Hieraus läßt sich nun sehr vieles erläutern, was der Besitz von dem Rechte entlehnt hat. Dahin gehört,

1) daß

SONIUS de Verbor. Signif. v. *Contrectare.* Also heißt *contrectare* soviel, als sich an einer Sache vergreifen, sie diebischer Weise von ihrem Orte und Stelle wegnehmen. Dieß kann auch geschehen, wenn der Depositar den ihm in Verwahrung gegebenen versiegelten Beutel mit Gelde erbricht, und das Geld unter das seinige thut.

42) So war es also nöthig, wegen der Natur des Diebstahls eine Regel, die sonst in der Natur des Besitzes selbst gegründet ist, einzuschränken, nämlich: solo animo nos posse incipere possidere, si naturalis possessio antecedat: *L. 3. §. 3. D. de Acquir. Possess. L. 9. §. ult. D. de Reb. Credit. L. 9. §. 5. D. de Acquir. rer. domin.* Conf. CUPERUS select. Observat. cit. P. I. Cap. VI. Class. II. Aphorism. 28. not. 74. et CHESIUS Interpretat. Iur. Lib. I. cap. XXXVI.

1) daß ein freyer Mensch, so lange er einem anmaßlichen Herrn als Sklave dient, für sich eines eigentlichen bürgerlichen Besitzes nicht fähig sey, weil er keinen animum domini vel sibi habendi unter solchen Umständen haben kann [43]).

2) Daß auch ein blödsinniger Vater ex causa peculiari durch seinen Sohn einen Besitz erwerbe [44]). Denn einen peculiarischen Besitz erwirbt der Vater durch seinen unter väterlicher Gewalt stehenden Sohn auch ohne seine Wissenschaft [45]).

3) Daß ein Vater von dem peculiarischen Besitze seines Sohnes Nutzen habe, ob er gleich nicht weiß, daß dieser unter seiner Gewalt steht [46]). Genug, daß ihm die Gewalt über ihn wirklich zukommt, und es bey der peculiarischen Erwerbung auf keine Wissenschaft des Vaters ankommt.

4) Daß, wenn auch ein Anderer den filiusfamilias als Sklaven besitzen sollte, dennoch der Vater, nicht aber der anmaßliche Herr, die peculiarische Erwerbung genieße [47]). Denn wenn gleich der Vater über seinen Sohn, da solcher ein

43) *L.* 1. *§.* 6. *L.* 23. §. 1. *D de Acq. vel Amitt. Poss. L.* 54. *§. ult. D. de acquir. rer. dom.* et *L.* 118. *D. de Reg. Iur.* juncta *L.* 23. *pr. D. Ex quib. caus. major.*

44) Argum. *L.* 8. §. 1. *D. de his, qui sui vel alien. iuris sunt.*

45) *L.* 1. §. 5. *D. de acquir. vel amitt. possess.* Conf. Westphal im angeführten System §. 145.

46) *L.* 4. *D. eodem.* juncta *L.* 1. *§.* 8. *D. eodem.*

47) Vide eandem *L.* 4. *D. cit.* Vortreflich hat diese Stelle erklärt CUPERUS in Observat. select. de natura possessionis P. II. cap. 26. et 27.

ein freyer Mensch ist, keinen sklavischen Besitz und Gewalt ausüben kann, so hat man doch im römischen Rechte den Satz eingeführt, daß der Vater blos wegen seiner väterlichen Gewalt den Besitz durch seinen Sohn erwerbe, wenn er gleich den Sohn selbst weder besitzt, noch im eigentlichen Verstande besitzen kann, weil sonst hieraus die Ungereimtheit entstanden wäre, daß ein Vater durch seinen Sohn gar nichts besitzen könne[48]).

5) Daß Sklaven und filiifamilias dem Paterfamilias, in dessen Gewalt sie sind, selbst durch verübte Gewaltthätigkeit seinen Besitz nicht rauben können, sondern des letztern Besitz rechtlich fortdauere, mithin die angefangene Usucapion hierdurch nicht unterbrochen werde, so lange die geraubten oder entwendeten Sachen in der ersteren Händen sich befinden[49]). Der Grund hiervon ist, weil ein Paterfamilias durch die Personen, die seiner Gewalt unterworfen sind, den Besitz erwirbt, so kann ihm folglich durch diese Personen der Besitz nicht entzogen werden[50]). Und endlich

6) daß derjenige, welcher in unserer Abwesenheit sich in den Besitz unserer Sache, mit der Absicht, sich dieselbige

48) S. CUJACIUS in Commentar. ad L. 4. D. de acquir. poss. *Operum* Tom. VIII. und *Barthol.* CHESIUS Interpretat. Iuris Lib. II. cap. 40.

49) *L. 15. D. de acquir. possess. L 40. princ. D. eodem.* et *L. 33. §. 6. D. de Usurpat. et Usucap.* S. Westphal im angef. Buche §. 441.

50) Dieser Grund, mithin auch das davon abhangende Recht selbst, hört jedoch auf, wenn solche Personen von der Gewalt des Paterfamilias entlediget sind: *L 13. §. 8. D. de A. vel A. Poss.*

zuzueignen, gesetzt hat, dennoch nach dem Civilrechte so lange für den Besitzer nicht gehalten werde, als die Fortdauer unsers vorigen Besitzes rechtlich fingiret wird [51]). Denn nach dem Civilrechte gehet unser Besitz erst von der Zeit an verlohren, da wir den neuen Besitzer bey unserer Rückkunft in unserm Eigenthume finden, dieser uns nicht weichen will, wir seine Gewalt fürchten, und uns abweisen lassen [52]). Hieraus folgt, daß auch erst von der Zeit an, da der vorige Besitzer durch sein Zurückweichen den bürgerlichen Besitz verlohren hat, der neue Besitzer civiliter zu besitzen anfange [53]). Der Grund hiervon ist, weil es für unmöglich gehalten wird, daß Zwey die nämliche Sache auf einerley Art und mit gleichen Wirkungen, und doch dabey im Ganzen besitzen [54]). Mithin kann der Besitz des zweyten nicht eher anfangen, als bis der Besitz des erstern aufgehöret hat [55]).

Uebri-

51) *L.* 25. *§.* 2. *L.* 46. *D. eodem.*

52) *L.* 3. §. 8. *L.* 6. §. 1. *et L.* 7. *D. de acquir. possess.*

53) CUPERUS in laudat. Observat. selectis P. II. cap. 19. et 20. Westphal a. a. O. §. 193. und 194.

54) *L.* 3. *§.* 5. *D. eodem tit.* Plures eandem rem *in solidum* possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. SABINUS tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem TREBATIUS probabat, existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere. Duos iniuste, vel duos iuste, non posse. Quem LABEO reprehendit: *quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat.* Quod est verius. *Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto: vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.*

55) Vergleiche *de* RETES in Praelect. ad Tit. D. de acquir. poss. CUJACIUS Observat. lib. XVIII. cap. 24. BICCIUS in libello de pos-

Uebrigens haben nun die Gesetze dem Besitz um des gemeinen Bestens willen mancherley **Wirkungen** beygelegt, und denselben mit besondern **Vortheilen** verknüpft, welche dem Besitzer blos darum zukommen, weil er Besitzer ist, oder weil er, wenn er auch in einem gewissen Falle die körperliche Detention der Sache nicht hätte, doch wenigstens nach dem Civilrechte für den Besitzer zu halten ist [56]. Der Inbegriff derjenigen Befugnisse, die dem Besitzer blos um seines Besitzes willen zukommen, wird das **Possessionsrecht** genennt [57]. Hiervon wird zwar an einem an-

possessione duorum, *Argent.* 1645. MERENDA Controvers. Iuris Lib. XII. Cap. 6. 7. 8. 13. et 23. insonderheit aber CUPERUS in Obs. select. saepius laudat. P. II. cap. 15. 16. 17. et 18. und **Westphal** im angef. Buche §. 65. S. 67.

56) Von den rechtlichen Wirkungen und Vortheilen des Besitzes handeln *Hieron. de* OROZ de Apicibus Iur. Civ. Lib. IV. cap. 8. et 9. **Westphal** in dem System des R. R. über die Arten der Sachen, Besitz rc. II. Th. 7. Kap. §. 200. folgg. S. 189. und folgg. und besonders **von Spangenberg** in dem angeführten Versuche einer syst. Darstellung der Lehre vom Besitz 2. Th. S. 213. ff.

57) Man unterscheide **das Recht des Besitzes** (*ius possessionis*) von dem **Rechte zu besitzen** (*ius possidendi*). Ersteres entspringt aus dem Besitz, und setzt also einen bereits **vorhandenen** oder **gehabten** Besitz voraus. Letzteres hingegen hat den Besitz selbst zum unmittelbaren Gegenstande, und setzt immer einen rechtlichen Grund voraus, der mich zum Besitz einer Sache berechtiget. Es entspringt also aus einem ganz andern Grunde, als der gehabten Possession, und setzt solche gar nicht voraus. Es ist vielmehr mit den meisten dinglichen Rechten verbunden. Der Eigenthümer, der Erbe, der Pfandgläubiger, der Usufructuar sind vermöge ihres Rechts auch

andern Orte (§. 1751.) gehandelt. Es ist indessen nöthig, von den Wirkungen und Rechten des Besitzes auch hier schon insofern zu handeln, als es zum Beweiß, daß das Possessionsrecht kein dingliches Recht sey, erforderlich ist. Zu den Rechten und Wirkungen des Besitzes gehören z. B. folgende:

1) Der Besitzer ist nicht schuldig, den Rechtstitel seines Besitzes anzugeben, wenn er seines Besitzes wegen von Jemand in Anspruch genommen wird [58]).

2) Der Besitz befreyet in der Regel vom Beweise, und legt diese Last dem Gegner auf. Kann dieser nun den Grund seiner Klage nicht beweisen, so ist der Beklagte von der Klage loszusprechen, wenn er auch nichts als den Besitz für sich hat [59]). Denn dieser allein begründet schon die rechtliche Vermuthung, daß er die Sache rechtmäßig besitze, es muß ihm nur keine stärkere Präsumtion entgegen stehen [60]).

3) Der Besitzer hat den Vorzug vor dem Nicht-Besitzer, wenn beyde auf die nämliche Sache Anspruch machen, und einer so viel, als der andere, für sich hat. (*In pari causa melior est conditio possidentis*) [61]).

4) Eine

auch befugt, die Sache zu besitzen, die den Gegenstand ihres dinglichen Rechts ausmacht.

58) *L.* 11. *C. de petit. hered.* Jedoch hat diese Regel ihre Ausnahmen. S. Spangenbergs Versuch 2. Th. §. 169. not. i. S. 246.

59) *§.* 4. *I. de Interdict.* *L.* 2. *C. de probat.* *L. fin. Cod. de rei vindicat.*

60) Höpfners Commentar §. 283. Not. 1. S. 275.

61) *L.* 128. *D. de Reg. iur.* Man sehe jedoch Spangenbergs Versuch 2. Th. §. 156. und Höpfner §. 283. Nr. 3.

4) Eine vorzügliche Wirkung des Besitzes ist die rechtliche Möglichkeit der Verjährung einer solchen Sache, die man bona fide und durch einen gerechten Titel von einem Nichteigenthümer an sich gebracht hat [62]).

5) Ein großer Vortheil des Besitzes ist es ferner, daß der Besitzer die Früchte der Sache, welche er bona fide als vermeintlicher Eigenthümer inne hatte, in gewissen Fällen lucrirt (§. 591.) [63]). Nicht minder legen die Gesetze

6) dem Besitz, er sey von welcher Art er wolle, eine solche Unverletzlichkeit bey, daß er von Niemand, wenn er auch auf die Sache selbst noch so gegründete Ansprüche haben sollte, durch eigenmächtige Thathandlung angegriffen und genommen werden darf [64]). Geschieht es aber dennoch, so ist

7) der Besitzer berechtiget, sich gegen solche widerrechtliche Besitzbeeinträchtigungen mit eigenthätiger Privatgewalt zu vertheidigen, und sich in seinem Besitz zu behaupten [65]). Insonderheit aber geben auch die Gesetze

8) dem Besitzer verschiedene Rechtsmittel (Interdicta), deren er sich zum Behuf der Erhaltung des gestörten, oder Wiedererlangung des entzogenen Besitzes vor Gericht bedienen kann, und welche die besondere Eigenschaft und Wirkung haben, daß dem Besitzer auf die kürzeste Art, mit

62) Spangenberg im angef. Versuch §. 162.

63) *L. 48. pr. D. de acquir. rer. dom. L. 4. §. 2. D. fin. reg.* Spangenberg 2. Th. §. 163. ff.

64) *L. 6. C. Unde vi.*

65) *L. 3. §. 9. L. 17. D. de vi et vi arm. L. 1. C. Unde vi.*

Beyseitsetzung aller sonst gewöhnlichen Förmlichkeiten des Processes, und Verweisung aller weit aussehender Einreden zur besondern Ausführung des Petitoriums, zum Besitz der Sache verholfen werde [66]). Diese Interdicte, zumahl wenn sie um des blosen Besitzes willen angestellet werden, sind jedoch nur persönliche Rechtsmittel. Ulpian [67]) sagt dies ausdrücklich, wenn er lib. 67. ad Edictum schreibt: *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt:* das heißt, wie Ulrich Huber [68]) diese Stelle am richtigsten erklärt, wenn gleich die Interdicte auch gewisse Sachen, und nicht blos persönliche Verbindlichkeiten, zum Gegenstande haben, oder wohl von der Art sind, daß sie, wie actiones in rem scriptae, gegen jeden Besitzer gehen, so sind sie doch ihrer Natur und Wirkung nach nur persönliche Rechtsmittel, weil sie aus keinem dinglichen Rechte entspringen [69]), auch nicht zur Absicht haben, daß dem Imploranten ein dingliches Recht zuerkannt werde,

66) Spangenberg 2. Th. 2. Absch. S. 277. ff.

67) *L. 1. §. 3. D. de Interdict.* Conf. *Pet. Frid.* MINDANUS de Interdictis Comment. VII. n. 42. sqq.

68) in Praelectionib. Iuris Civ. sec. Institut. Iustinianeas Lib. IV. Tit. XV. §. 7. pag 547. (*Franequerae* 1698. 4.)

69) Zwar will *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. Iuris sec. ordin. Digestor. Lib. XLIII. Tit. I. §. 16. behaupten, daß das Interdictum *Quorum bonorum* aus dem Erbrecht, und das Interdictum *Salvianum* aus dem Pfandrecht entspringe; allein Huber a. a. O. S. 547. hat diese Meinung gründlich widerlegt. Man vergleiche jedoch auch H. Prof. PÜTTMANN Diss. de Salviano Interdicto *Lipsiae* 1773. Cap. I. pag. 13. vorzüglich aber Cap. IV. pag. 24. et 25.

werde[70]), sondern nur darauf abzielen, daß Implorant die Possession erhalte, oder behalte. Hieraus läßt sich nun die Frage leicht entscheiden, ob die Possession ein dingliches Recht sey, oder ein solches wirke? und diese Frage ist mit Recht zu verneinen[71]). Denn wenn gleich der Besitz ein Retentionsrecht wirkt, vermöge dessen ich mich bis zu meiner Befriedigung an die Sache, gleichsam wie an ein Pfand, halten[72]), und so lange ich den Besitz habe, die Rechte desselben gegen jeden, selbst gegen den Eigenthümer, behaupten, und geltend machen kann[73]); so ist dennoch das Possessionsrecht darum für kein dingliches Recht zu halten, weil die Gesetze um des blosen Besitzes willen keine actionem in rem gegen jeden Besitzer geben. Paulus[74]) lehrt vielmehr das Gegentheil, wenn er lib. 24. ad Edictum sagt: *Cum a te vi dejectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit: non possum cum alio, quam tecum, Interdicto experiri.* Man wende nicht ein, daß dem bonae fidei possessori des verlohrnen Besitzes wegen die actio publiciana zustehe, und diese eine dingliche Klage

70) Nur das Interdictum *de itinere actuque privato* macht eine Ausnahme, wie ebenfalls Ulpian *L.* 3, §. 13. *D. de Itinere actuq. priv.* bezeuget.

71) S. *David de* L'ESPAUL Specim. iurid. de possessione, speciebus iuris in re non adnumeranda. *Lugd. Batavor.* 1784. 4. *Gottl.* STURM Diss. de possessione e iure in re et ad rem eliminanda. HUBER c. l. §. 2. pag. 544. und WALCH Introduct. in Controvers. iur. civ. Sect. II. Cap. I. §. 6. pag. 117.

72) *L.* 15. *§. fin. D. de furt.* *L* 31. §. 8. *D. de aedil. edicto*, Spangenberg §. 166. S. 243. f.

73) §. 30. *I. de rer. divis.* *L.* 33. *D. de condict. indeb.*

74) *L.* 7. *D. de vi et vi armata.*

Klage sey. Denn die Publicianische Klage ist ein petitorisches, und kein possessorisches Rechtsmittel, was sich nicht blos auf gehabten Besitz, sondern auf ein präsumtives Eigenthum gründet [75]). Daher sagt Ulpian lib. 16. ad Edictum [76]): *Publiciana actio ad instar proprietatis*, NON AD INSTAR POSSESSIONIS, *respicit.* Scheinbarer ist der Einwurf, den die Vertheidiger der entgegen gesetzten Meinung aus der *L. un. Cod. de alienat. iud. mut. causa facta* hernehmen dürften. In diesem Gesetze rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian an einen gewissen Attalus: *Cum* IN REM ACTIONEM POSSESSIO PARIAT ADVERSARIO; *alienatione etiam iudicii mutandi causa celebrata, in integrum restitutio Edicto perpetuo permittatur: intelligis, si rem, ne secum ageretur, qui possidebat, venumdedit, et emtori tradidit: quem elegeris, conveniendi tibi tributam esse iure facultatem.* Wer sollte also nach den Anfangsworten dieses Gesetzes daran zweifeln, daß der Besitz eine Realklage wirke? Es ist wirklich zu bewundern, daß unsere Gegner eine Stütze für ihre Meinung so ganz unbenutzt liessen, bey deren Hinwegräumung die Vertheidiger unserer Meinung so viele Schwierigkeiten gefunden haben, daß Cujaz [77]), Schulting [78]) und Noodt [79]) sogar zur Emendation ihre Zuflucht zu nehmen für nöthig hielten. Allein daß bey die-

75) S. Westphal in dem öfters angef. System des R. R. §. 983. folgg. S. 762.

76) *L. 7. §. 6. D. de publiciana in rem actione.*

77) *ad L. 3. Cod. de Edendo.*

78) Enarrat. part. I. Digestor. Lib. IV. Tit. VII. §. 2.

79) de Pactis et Transact. Cap. 13. et ad Tit. Dig. *de Edendo* pag. 65. it. ad Tit. *de alienat. iud. mut. caus. facta* in fin.

dieser Stelle keine Emendation nöthig sey, dieselbe auch unserer Meinung ganz und gar nicht entgegen stehe, wird sich gleich ergeben. Die Sache des Attalus, an welchen die Kr. Diocletian und Maximian in der angeführten *L. un.* rescribiren, war von demjenigen, welcher sie in Händen hatte, iudicii mutandi causa, an einen Dritten verkauft, und auch demselben wirklich übergeben worden, blos um durch Aufdringung eines andern Gegners dem Attalus die Ausführung seiner Ansprüche zu erschweren. Attalus wandte sich deshalb an die erwähnten Kaiser, und fragte an: ob er den alten oder neuen Besitzer belangen müsse? Die Kr. antworten ihm, er habe unter beyden die Wahl, gegen denjenigen, welcher iudicii mutandi causa seine Sache an den Dritten veräussert hat, könne er *actione in factum ex Edicto Proconsulis* Restitutionem in integrum suchen. Gegen den dritten Besitzer aber könne er *actione in rem* klagen, und zwar aus dem Grunde, *quod in rem actionem possessio pariat adversario.* Diese Worte können auf zweyerley Art erklärt werden. Erstens, wenn man unter dem *Adversario* den Gegner des Besitzers, also den Eigenthümer der Sache, versteht, welchem die Realklage gegen den Besitzer zukommt. Nun ist der Sinn dieser: weil der Besitz desjenigen, welcher die Sache in Händen hat, dem Eigenthümer (adversario) eine Realklage gegen den Besitzer verschafft, d. i. ihn in den Stand setzt, daß er seine Sache vindiciren kann. So erklären diese Worte Hugo Donellus[80]), Joseph Averanius[81]), DOMPIERRE *de*

80) in Commentar. Iuris Civil. Lib. XX. Cap. 3. Da heißt es: *Inde illud in L. un. Cod. de alienat. iud. mut. caus. fact.* pos-

de IONQUIERES[82]) und *David. de* L'ESPAUL[83]). Zur Bestärkung dieser ersten Erklärung füge ich nur noch hinzu, daß es in der Sprache unserer Gesetze gar nichts ungewöhnliches sey, den Kläger, insbesondere aber den Eigenthümer *Adversarium*, gleichsam den Gegner des Besitzers, zu nennen[84]). Zweytens kann aber auch unter dem *Adversario* in der angeführten *L. un.* derjenige verstanden werden, welchem die Sache iudicii mutandi causa verkauft worden war, und welchem eben daher sein Besitz eine Realklage zuzieht, oder verursacht, die ohne diesen Besitz nicht wider ihn hätte angestellet werden können. Diese Erklärung nehmen Joh. Wilh. Marckart[85]) und Herr Hofr. Klüber[86]) an. In dieser passiven Bedeutung braucht auch Ulpian das Wort *parere*, wenn

possessio in rem parit actionem adversario, *nihil aliud est, quam possessionem eius, qui rem possidet, hoc praestare adversario, id est, petitori, qui rem vindicat, ut cum possessore in rem agi possit: seu possessionem causam esse, quae vindicanti actionem in rem tribuat adversus possessorem.*

81) Interpretation. Iuris Lib. I. cap. XV. n. 17. pag. 97.

82) in Specimine de Restitutionibus in integrum (*Lugduni Batavor.* 1767. 8.) Tit. VII. §. VIII. pag. 436. sq.

83) in Specim. inaug. de possessione speciebus iuris in re non adnumeranda (Leiden 1784.) §. XXIX.

84) *L.* 37. §. 1. *D. de Procurator. L.* 33. *D. de dolo malo.*

85) in Interpretation. receptarum Iuris Civil. lectionum (*Trajecti ad Rhen.* 1747. 8.) Lib. I. cap. 7. §. 2. pag. 46. sqq.

86) in der kleinen jurist. Bibliothek III. Band 9. Stück Nr. XXVII. S. 115.

wenn er lib. 30. ad Sabinum[87]) schreibt: *Nemo potest societatem heredi suo sic* PARERE, *ut ipse heres socius sit.* Man mag nun die eine oder die andere Erklärung annehmen, so ist doch ganz entschieden, daß der blose Besitz nach dem römischen Rechte dem Besitzer kein dingliches Recht an der besessenen Sache, mithin auch keine Realklage gebe. Ob aber nicht nach dem canonischen Rechte ein anders zu behaupten sey? ist ebenfalls streitig. Ich meines Theils kann mich davon nicht überzeugen. Denn aus den Texten, die man insgemein für diese Meinung anzuführen pflegt[88]), erhellet nicht, daß dem Spoliirten wider jeden dritten

87) *L. 35. D. pro socio.*

88) *Can. 3. Caus. III. Qu. 1.* et *Cap. 18. X. de restitut. spoliator.* Beyde Texte beweisen nichts. Denn was zuvörderst den *can. 3.* anbetrifft, so ist derselbe erstlich untergeschoben, und aus Pseudo-Isidor entlehnt, S. *David.* BLONDELLUS in Pseudo-Isidoro pag. 570.; er enthält zweytens eine unrichtige Leseart, denn gerade die Worte *violentia maiorum*, worauf man sich steift, sind verderben. S. ECKHARDI Hermenevt. iuris Lib. I. cap. III. §. 317. Die besten Codices von Gratians Decret lesen *violentia malorum*, wie der sel. Canzler BOEHMER *ad h. canon.* bemerkt hat; und drittens ist darinn schlechterdings keine Abänderung des röm. Rechts wahrzunehmen, wie BOEHMER *ad h. can.* besonders aber *Casp.* ZIEGLER in Commentar. ad Can. Redintegranda 3. Caus. 3. quaest. 1. welcher nicht nur Desselben *Praelectionib. Public. in Decretales* (*Dresdae* 1699. 4.) pag. 167—201. einverleibt worden, sondern auch in des Hrn. Prof. Woltärs Observat. iuris civ. et Brandenb. Fascic. II. Observ. 35. mit vielen vortreflichen Bemerkungen befindlich ist, sehr ausführlich gezeigt haben. Das andere *cap.* 18. aus den Decretalen hingegen gestattet ausdrücklich die Spolienklage nur gegen einen solchen Besitzer, der wenigstens Wissenschaft von dem

dritten Besitzer das Remedium spolii zustehen solle. Ich werde jedoch hiervon an einem andern Orte der Pandecten (§. 1853.) umständlicher handeln. Hier bemerke ich nur noch zum Beschluß, daß durch die Verordnungen des Westphälischen Friedens dem im Entscheidungsziele 1624 gehabten Besitz in kirchlichen Dingen sowohl, als auch in politischen Sachen, welche mit den ersten in Verbindung stehen, die Wirkung eines dinglichen Rechts zwischen den katholischen und evangelischen Religionsverwandten beygelegt worden sey [89]). Dies wäre denn freylich eine sehr wichtige Ausnahme von dem obigen Grundsatz der gemeinen und fremden Rechte in Deutschland.

§. 182.

Auch dem natürlichen Besitzer stehen Possessionsrechte zu. Vom Quasi-Besitz unkörperlicher Sachen.

Noch ist die Frage zu beantworten übrig, ob auch einem natürlichen Besitzer Possessionsrechte zustehen? Unser Verfasser will dies läugnen; allein man mache einen Unterschied zwischen solchen Rechten, welche blos vom Civil-

Spolium gehabt hat, als er die Sache an sich brachte; weil dieser, da ihm das Spolium nicht unbekannt war, noch in der Folge durch die Erwerbung der spolirten Sache Antheil an der unerlaubten Handlung genommen hat. Dieß läßt sich aber auf einen dritten redlichen Besitzer nicht ausdehnen. Vid. CRAMER Diss. de restitutione spoliati adversus tertium b. f. possessorem. *Tom. III. Opusc.* pag. 91. und Spangenberg in dem angef. Versuche. 2. Th. 2. Kap. §. 208. S. 299. f.

89) S. G. L. BOEHMER Principia Iuris Canon. § 50. et 51. und Hofr. Schnauberts Beyträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht 2. Theil N. II. §. 14. S. 141.

vilbesitz abhangen, und denen, welche die Gesetze einem jeden Besitz beylegen. Possessionsrechte der ersten Art stehen freylich dem natürlichen Besitzer nicht zu. Z. B. er hat nicht das Recht der Usucapion [90]), auch dann nicht, wenn er gleich den Besitz animo domini ausübt, in sofern nämlich die Gesetze diese Absicht des Besitzers verwerfen, und den Besitz desselben blos für einen natürlichen erklären [91]). Ein blos natürlicher Besitzer kann sich ferner der possessorischen Rechtsmittel, nämlich der Interdicte *Uti possidetis*, *Utrubi* und *Unde vi*, nicht ohne Unterschied bedienen; diese kommen nur solchen Besitzern zu statten, die in eigenem Namen besitzen, oder deren natürlicher Besitz wenigstens mit einem dinglichen Rechte verbanden ist, z. B. den Nutzniesern und Pfandgläubigern [92]), andern nicht [93]). Allein Possessionsrechte der letztern Art sind ihm nicht abzusprechen. Es darf daher auch dem natürlichen Besitzer sein Besitz nicht durch Privatgewalt entzogen werden, er ist vielmehr, wenn man ihn unrechtmäßig entsetzen will, eben so gut, wie ein Civilbesitzer, berechtiget, sich bey seinem Be-

90) *L. 1. Cod. commun. de usucap. L. 13. pr. D. de Usurpat. et usucap.*

91) So z. B. hat eine Frau von dem, was der Mann ihr geschenkt hat, bey Lebzeiten desselben keinen bürgerlichen Besitz. *L. 26. pr. D. de donat. inter vir. et uxor.* sondern nur einen natürlichen *L. 1. §. 4. L. 16. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 13. §. 1. D. de petit. hereditat.* Mithin kommt ihr keine Usucapion zu statten. *L. 1. §. 2. D. pro donato.*

92) *L. 4. D. Uti possidet. L. 1. §. 9. et 10. D. de vi et vi arm. L. 3. §. 13. et 14. D. eodem.* GALVANUS de Usufructu Cap. XXXIII. pag. 461. (*edit. Tübing.*)

93) *L. 1. §. 10. D. de vi et vi arm. L. 3. §. 8. D. Uti possidet.*

Besitz mit Gewalt zu vertheidigen und zu behaupten [94]). Auch ihm stehet in gewissen Fällen das **Retentionsrecht** zu [95]).

Von einem eigentlichen und wahren Besitz ist der **uneigentliche, analogische,** oder **Quasi-Besitz** zu unterscheiden. Ein wahrer oder eigentlicher Besitz findet nur bey körperlichen Sachen Statt. Dies sagt auch **Paulus** [96]) lib. 54. ad Edictum ausdrücklich: *Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.* Denn nur von den körperlichen Dingen allein wurde nach den Grundsätzen der Stoiker ein eigentliches **Daseyn** angenommen. Rechte, Befugnisse, Gerechtsame kann man zwar ausüben und gebrauchen, allein eine körperliche Detention derselben ist undenkbar. In spätern Zeiten haben jedoch die Rechtsgelehrten auch auf unkörperliche Dinge, nämlich auf Gerechtsame, die Grundsätze vom Besitz angewendet. Dies lehrt **Pomponius** [97]) lib. 29. ad Sabinum: *Precario habere etiam ea, quae* IN IURE CONSISTUNT, *possumus.* Denn auch die precaria possessio ist eine Art des Besitzes. Man nahm hierbey die Analogie zu Hülfe; denn daß der Gebrauch oder die Ausübung einer Befugniß mit der Handlung, wodurch man das physische Vermögen erlangt, über eine körperliche Sache disponiren zu können, eine große Aehnlichkeit hat, ist ausser Zweifel. So entstand also ein **analogi-**

94) *L. 1. §. 27. D. de Vi et Vi arm. L. 1. Cod. Unde vi.*

95) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de iure retentionis. (*Goettingae* 1773.) in *Electis Iur. Civ.* T. II. N. 13.

96) *L. 3. princ. D. de acquir. vel amitt. poss.*

97) *L. 15. §. 2. D. de precario.* Add. *L. 2. §. 3. D. eodem.*

logischer oder Quasi-Besitz[98]), welcher in dem physischen Vermögen, ein gewisses Recht auszuüben, besteht, und dadurch erlangt wird, daß man das Recht wenigstens einmahl in der Absicht, um sich dasselbe anzumaßen, ruhig und ohne eines andern Widerspruch ausgeübt hat[99]). Bey einer solchen Quasi-Possession werden daher immer gewisse Ausübungs- oder Gebrauchs-Handlungen in Beziehung auf ein Recht vorausgesetzt, welche ein anderer, der dabey interessirt ist, ruhig hat geschehen lassen; z. B. daß ich auf des Andern Grundstück mit dessen Wissen und ohne Widerspruch die Durchfarth exercirt; oder in der Meinung, daß mir das Zehendrecht zustehe, ohne Widerspruch wirklich die Zehenden erhoben habe. Daher können nur eigentlich solche Arten von Rechten Gegenstände der Quasi-Possession seyn, welche zu einer fortwirkenden Ausübung durch öftere Gebrauchshandlungen geeigenschaftet sind, und zwar nicht nur dingliche Sachenrechte, vorzüglich

98) Die Benennung *quasi possessio* kommt vor *L.* 10. *D. Si servitus vindicet. L.* 3. §. 17. *D. de Vi et Vi armata.* Die Particul QUASI ist der unterscheidende Charakter, dessen sich die römischen Rechtsgelehrten bedient haben, wenn sie von dem eigentlichen und ursprünglichen Sprachgebrauche abwichen, um hierdurch zu erkennen zu geben, daß zwar dasjenige, was die Benennung mit sich bringt, eigentlich nicht vorhanden sey, allein doch etwas ähnliches. Conf. *Henr.* LINCK de Syncategorematis *Quasi* usu iuridico. *Altdorf.* 1675. *Christ. Gottfr.* HOFMANN Diss. de significatione et usu particulae *Quasi* in Iure Rom. *Frfti* 1727. und vorzüglich *Io. David* DIETERICI Disp. de genuina *Quasi* notione iuridica. *Goettingae* 1740.

99) Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 282. S. 269. ff.

Servituten, sondern auch Befugnisse aus dem Personenrechte, z. E. man kann in der Quasi-Possession der väterlichen Gewalt, der Filiation, des Bürgerstandes, oder des ehelichen Zustandes seyn [100]). Dahingegen läßt sich an persönlichen Sachenrechten, welche sich lediglich auf Erfüllung individueller Verbindlichkeiten gewisser Personen beziehen, der Natur der Sache nach keine eigentliche Quasi-Possession gedenken [1]). Endlich ist noch zu bemerken, daß bey der Ausübung dinglicher Rechte, und zwar vermöge eines und des nämlichen Rechtsgrundes, in verschiedener Rücksicht Possession und Quasi-Possession zugleich Statt haben, und erstere ein natürlicher, letztere ein Civilbesitz seyn könne. So z. B. übt der Usufructuar durch körperliche Detention der Sache selbst, an welcher ihm das Nutznießungsrecht zusteht, einen wahren eigentlichen Besitz aus. Allein dieser ist nur ein natürlicher Besitz, weil er die Sache auf eines Andern Namen besitzt [2]). Durch Ausübung seines Nutzniessungsrechts aber giebt er eine Quasi-Possession zu erkennen, und diese ist ein Civilbesitz, weil er sie im eigenen Namen ausübt [3]).

100) Spangenbergs Versuch 1. Th. §. 101. ff. S. 153. ff.

1) Spangenberg a. a. O. §. 104.

2) *L. 12. pr. L. 49 pr. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 6. §. 2. D. de precar. L. 5. §. 1. D. ad exhib. L. 10. §. ult. D. de acquir. rer. dom.*

3) *L 23. §. 2. D. Ex quib. caus. major. L. 10. C. de acquir. et ret. possess.* FLECK Hermenevt. Tit. Pandect. de acquir. vel amitt. possess. Specim. I. Cap. III. Sect. III. §. 2. pag. 41. sq. und Spangenberg 1. Th. §. 105.

Lib. I. Tit. IX—XXII.

De Senatoribus et officio Magistratuum Romanorum.

§. 183.

Selbsthülfe ist unerlaubt. Regel, wenn sie erlaubt ist. Anzeige und Bestimmung der verschiedenen obrigkeitlichen Aemter bey den Römern aus den hierher gehörigen Titeln der Pandecten. Schriften.

Dem gemeinen Wesen ist nun daran gelegen, daß ein jeder sein Recht durch richterliche Hülfe verfolge. Denn Selbsthülfe streitet gegen den ersten Zweck bürgerlicher Gesellschaften, gegen die innere Sicherheit. Es ist daher der Regel nach verboten, sich selbst durch eigenthätige Gewalt Recht zu verschaffen, so lange die Hülfe des Staats möglich ist[4]). Die römischen Gesetze[5]) bestrafen die Selbsthülfe mit dem Verlust seiner habenden Ansprüche, und wer Privatgewalt ausübt, ohne einen rechtlichen Anspruch wirklich gehabt zu haben, muß, ausser der Rückgabe der weggenommenen Sachen, noch den Werth davon zur Stra-

4) *L. 13. §. 3. D. de Usufructu. L. 13. D. Quod metus causa gestum erit.* Diesem Verbote kann auch Niemand durch Vertrag dergestalt entsagen, daß der Andere dadurch ein Recht erhielte, Selbsthülfe, als ein erlaubtes Mittel, gegen den Schuldner ausüben zu können, wenn sich dieser widersetzt. Strubens rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 32.

5) *§. 9. I. de Interdict. L. 7. Cod. Unde vi. L. 7. D. ad Leg. Iul. de vi privata. Io. Ortw.* WESTENBERG Divus Marcus Diss. XXXIX. (*Operum* Tom. III. pag. 321. sqq.)

Strafe ersetzen. Die teutschen Reichsgesetze haben diese Verordnung nirgends aufgehoben, sondern vielmehr nicht undeutlich bestätiget [6]). Es ist auch mit Grunde nicht zu behaupten, daß das Gesetz zu hart, oder heutiges Tages unanwendbar sey. Denn da in jedem Staate Gerichte bestellet sind, die Recht und Gerechtigkeit handhaben, und durch deren Beyhülfe ein jeder sein Recht geltend machen kann; so ist gewiß nichts Uebertriebenes darinn zu finden, wenn derjenige seines Rechts verlustig erklärt wird, der es auf diesem gesetzlichen Wege nicht suchen, sondern als ein Feind guter Ordnung die Ruhe und Sicherheit des gemeinen Wesens zerrütten will [7]). Die Selbsthülfe kann jedoch nur

6) **Kammergerichtsordn. v. Jahr 1521.** Tit. 32. §. 2. Reichsabsch. v. J. 1532. Tit. 3. §. 15.

7) S. KOCH Institut. Iur. crimin. Lib. II. cap. VI. §. 242. not. *I. H.* BOEHMER in Diss. de poena ius sibi dicentis sine iudice Cap. 2. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien I. Band Meditat. 51. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Röm. Rechts. §. 17. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 5. und besonders *Ern. Lud. Aug.* EISENHART Diss. de poena legibus Roman. adversus vindictam privatam sancita in foris adhuc valida. *Helmstadii* 1787. Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar den heutigen Gebrauch der oben angeführten Strafen der Selbsthülfe läugnen; z. B. CLAPROTH Diss. de non usu decreti D. Marci, et poenae privationis in viam facti statutae. *Goett.* 1757. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol V. Obs. 623. pag. 123. sqq. KIND Quaestion. for. Tom. I. Cap. 76. Tittmann in den Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 216. Not. c. S. 165. Allein neuere Beyspiele beweisen das Gegentheil. Man sehe Reuß Staatskanzley Th. 22. S. 349. Malblanks Anleitung

nur blos in soweit für unerlaubt und strafbar gehalten werden, als man sein Recht ohne allen Nachtheil gerichtlich hätte verfolgen und erhalten können. Sie ist daher auch selbst im Staate insofern für erlaubt zu halten, als man sie blos zur Vertheidigung des Seinigen in einem solchen Falle gebraucht, da die Hülfe des Richters, zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens, zu spät kommen würde[s]). Die Grenzen einer solchen Privatgewalt werden nach dem Angriffe, oder nach der wahrscheinlichen Besorgniß abgemessen, und eine geringe Ueberschreitung der Selbstvertheidigung, welche ein jeder anderer auch unternommen haben würde, kommt nicht in Betrachtung. Kann nun aber durch erlaubte Selbsthülfe eine Sache nicht beygelegt werden, so muß man richterliche Hülfe suchen. Daher wird nun in den übrigen Titeln dieses ersten Buchs von den verschiedenen Magistratspersonen der Römer und deren Amte und Gewalt gehandelt. Da sich jedoch diese obrigkeitlichen Aemter auf die besondere Regierungsverfassung des röm. Staats beziehen, und heutiges Tages wegfallen, so sey es genug,

tung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfassung 4. Th. §. 46. S. 159. Not b. REINHARTH select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones Vol III. Obs. 9. et Vol. IV. Obs. 39. LEYSER Meditat ad Pand. Vol. VII. Specim. DVII. medit. 1. et 2. und TAFINGER Institut. iurisprud. cameral. §. 562.

s) Die hierher gehörigen einzelnen Fälle, in welchen nach römischen und teutschen Rechten die Selbsthülfe erlaubt ist, findet man am vollständigsten in Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß I. Theil §. 3. 4. u. 5. und Danz angef. Grundsätzen §. 3. u. 4.

genug, die davon handelnden Titel wenigstens cursorisch hier anzuführen. Tit. X. *de officio Consulis.* Die Consuln waren die Oberhäupter des Senats, hatten Gerichtsbarkeit und *legis actio* (§. 184.); erkannten besonders in Fideicommiß- und Alimentsachen, vor ihnen konnten auch Adoptionen, Emancipationen und vorzüglich Manumissionen geschehen. Tit. XI. *de officio Praefecti praetorio.* Die *Praefecti praetorio* waren nach der Einrichtung des Kaisers August blose Obersten der Leibgarde [9]). Kr. Antonin der Philosoph machte sie zu seinen Cabinetsräthen. Unter Septimius Severus erhielten sie eine ordentliche und eigene Gerichtsbarkeit sowohl in bürgerlichen, als peinlichen Rechtsfällen; ihr Tribunal hieß *Auditorium* [10]). Sie hatten auch ihre eigenen Assessoren, unter welchen die berühmtesten Rechtsgelehrten waren [11]). Ja unter diesem Kaiser stieg ihr Ansehen so sehr, daß sie die Gewalt der ersten Staatsminister bekamen. Sie waren, wie Zosimus [12]) sagt, magistratus a Principe secundus. Von ihren Rechtssprüchen fand keine weitere Appellation Statt. Tit. XII. *de officio Praefecti urbi.* Der *Praefectus urbi* hatte die ganze Policey in Rom und der umliegenden Gegend [13]); vor ihn wurden auch Criminalsachen, besonders der Sklaven, gebracht. Bey ihm konnten auch Minderjährige restitutionem in integrum suchen [14]). Tit. XIII *de officio Quaestoris.* Die Quästoren waren die geringsten obrigkeitli-

9) S. *Io. Dan.* RITTER Historia praefecturae praetorianae ab origine dignitatis usq. ad Constantinum M. *Vitembergae* 1745. et *Arn.* DRACKENBORGII Diss. de officio Praefectorum Praetorio. *Trajecti ad Rhen.* 1707. in OELRICHS *Thes. Dissert. Belgic.* Vol. II. Tom. 2.

10) *L.* 40. *D. de rebus credit.*

11) Z. B. Papinian *L.* 3. §. 3. *D. de Vsuris.*

12) *lib. II. Histor. cap.* 32.

13) S. *Arn.* DRACKENBORCH Diss. de Praefectis urbi, sub praesid. *Pet.* BURMANNI rec. *Francof. cis Viadrum* 1752 et *Eduard.* CORSINI Series praefectorum urbis ab urbe condita ad annum usque MCCCLIII. *Pisis* 1763. 4. maj.

14) *L.* 38. *pr. D. de Minorib.*

kenlichen Personen, quasi primordium gerendorum honorum, hatten jedoch Sitz und Stimme im Senat. Einige von ihnen waren dazu bestimmt, die Briefe und Botschaften des Kaisers im Senat vorzulesen, und hiessen (*Candidati principis* [15]). Tit. XIV. *de officio Praetorum.* Von den Prätoren waren einige zur Jurisdiction, andere zum iudicium publicum bestimmt. In den Fragmenten dieses Titels wird nur ihrer Legis actio gedacht. Bey ihnen konnten Manumissionen, Adoptionen und Emancipationen geschehen. Sie bestelleten auch Vormünder [16]). Tit. XV. *de officio Praefecti vigilum.* Der *Praefectus vigilum* commandirte die Policey-Soldaten, mußte besonders zur Nachtzeit die nöthigen Sicherheitsanstalten gegen Dieberey und Feuersbrünste treffen, und hatte auch in dergleichen Fällen die Cognition und ein Strafrecht. Schwerere peinliche Fälle mußte er dem Praefectus urbi überlassen. Tit. XVI. *de officio Proconsulis et Legati.* Tit. XVII. *de officio Praefecti Augustalis.* Tit. XVIII. *de officio Praesidis.* In jeder Provinz war ein Gouverneur, *Praeses Provinciae*, welches eine allgemeine Benennung war; wurde derselbe vom Senat ernannt, und in eine senatorische Provinz geschickt, so hieß er *Proconsul*, *Propraetor*; ernannte ihn der Kaiser zum Gouverneur, so hieß er *Legatus Caesaris*; *Praefectus Augustalis* [17]), dieser leztere Name war besonders dem Gouverneur von Egypten eigen. Der Gouverneur hatte in der Provinz die Jurisdiction sowohl in bürgerlichen als peinlichen Rechtsfällen. Allein solche Rechtshandlungen, die zur iurisdictione voluntaria gehören, z. B. Emancipationen, Adoptionen, Manumissionen, konnte er auch ausser der Provinz bestätigen (L. 2. *pr. de off. Procons.*). Er hatte zugleich die Sorge für die Policey u. s. w. Beym Antritte seines Amts erhielt er eine Instruction vom Kaiser (*mandatum*). Gewöhnlich hatte ein Gouverneur sei-

15) *Io. Frid.* MAGER Diss. de Candidatis Principis. *Lipsiae* 1733.

16) ULPIANUS Fragm. Tit. XI, §. 18.

17) E. GEBAUERI Progr. de differentia inter Proconsulem et Legatum Caesaris. *Goettingae* 1737.

seinen Stellvertreter (*Legatus*), dem er jedoch nur das übertragen konnte, was ihm selbst Kraft seiner Charge zukam (quae *iure magistratus* competunt), nicht was seiner Charge erst besonders vermöge eines Volksschlusses, Senatusconsultum, oder kaiserlicher Verordnung beygelegt worden. Hierher gehört Tit. XXI. *de officio eius, cui mandata est iurisdictio.* Also was zur legis actio oder merum imperium gehört, durfte der Legat des Gouverneurs nicht verrichten. Tit. XIX. *de officio Procuratoris Caesaris, vel Rationalis.* Der *Procurator Caesaris* besorgte die Finanzsachen in der Provinz, nicht blos als Administrator der öffentlichen Einnahme, sondern auch mit einiger Jurisdiction. Tit. XX. *de officio Iuridici.* Der Name *Iuridicus* war dem Richter in der Stadt Alexandrien vorzüglich eigen. Er war ein Subaltern vom Praefectus Augustalis [18]). Jedoch hatte er auch legis actionem, und konnte Vormünder bestellen. Endlich Tit. XXII. *de officio Adsessorum.* Die römischen Magistråte hatten ihre Beysitzer, die sie in wichtigen Sachen um Rath fragten. Sie waren insgemein die berühmtesten Juristen, und werden daher *Iuris studiosi* genennt. Ihr Amt betraf, nach Paulus *L.* 1. *h. t.* cognitiones, postulationes, libellos (sc. supplices), edicta, epistolas [19]). Wer von diesen und andern obrigkeitlichen Aemtern der Römer ein mehreres wissen will, dem empfehle ich vor allen andern hauptsächlich folgende zwey treffliche Werke: *Iacobi* GUTHERII de officiis domus Augustae publicae et privatae libri tres. *Parisiis* 1628. 4. und *M. Augustini* CAMPIANI de officio et potestate Magistratuum Romanorum et iurisdictione libri duo. *Augustae Taurinor.* 1724. 4. maj.

18) Dies hat gegen Heineccius sehr einleuchtend gezeigt *Io. Dan.* RITTER in Observat. ad Heineccii histor. Iuris Lib. I. §. 177.

19) Conf. *Io. Diter. van* LEEUWEN Diss. I. et II. de Iuris Studiosis. *Trajecti ad Rhen.* 1757. et 1758. (in *Gerh.* OELRICHS *Thes. Novo Dissertat. Belgicar.* T. I. Vol. II. N. 5. et 6.) et *Io. Frid. Theod.* ROLLE Historia iuris civ. de assessoribus Magistratuum Romanor. *Lipsiae* 1787.



